

**Verwertungsmöglichkeiten eines Geschäftsanteils
bei zwangsweisem Ausschluß eines
GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund
und ihre rechtlichen Auswirkungen**

Dissertation

**zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von

Robert Gonnella

aus Düsseldorf

1965





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543106_0056

**Verwertungsmöglichkeiten eines Geschäftsanteils
bei zwangsweisem Ausschluß eines
GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund
und ihre rechtlichen Auswirkungen**

Dissertation

**zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von

Robert Gonnella

aus Düsseldorf

1965



Dekan: Prof. Dr. Erich Streißler

Referent: Prof. Dr. Fritz Rittner

Korreferent: Prof. Dr. Hans Thieme

Druck und Einband:

Rudolf Stehle GmbH & Co KG

Düsseldorf, Klosterstr. 114

Fernsprecher 35 03 73

Inhaltsverzeichnis

Einführung

		Seite
I. Abschnitt	Der Gesellschafterausschluß aus wichtigem Grund nach dem GmbH-Gesetz	1
1)	Die Möglichkeiten des GmbH-Gesetzes	1
2)	Die von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung entwickelte Lehre	2
3)	Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund nur auf Grund eines Ausschlußurteils	4
II. Abschnitt	Die Durchführung des Ausschlusses	6
1)	Ausschluß und Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters	6
2)	Der bedingte Ausschluß	6
3)	Der bedingungslose Ausschluß	10
4)	Problematik und Zielsetzung der Arbeit	11

Hauptteil

1. <u>Kapitel</u>	Die rechtliche Stellung des GmbH-Gesellschafters	12
I. Abschnitt	Seine Stellung vor dem Ausschluß aus der Gesellschaft	12
1)	Der Geschäftsanteil und seine Funktionen	12
2)	Der Inhalt des Geschäftsanteils	17
3)	Der Grundsatz der Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils	19

		Seite
II. Abschnitt	Die Rechtsstellung des GmbH-Gesellschafters nach seinem Ausschluß aus der Gesellschaft	19
1)	Die Rechtslage bei bedingtem Gesellschafterausschluß	20
2)	Die Rechtslage bei bedingungslosem Gesellschafterausschluß	21
a)	Die Wirkung des Ausschlußurteils auf die Mitgliedschaft	21
b)	Die Wirkung des Ausschlußurteils auf den Geschäftsanteil	21
c)	Die Eigentumsverhältnisse an dem Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen	23
d)	Die Rechtsstellung, die der Anteil des bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafters vermittelt	26
2. Kapitel	Die Veräußerung des Geschäftsanteils	32
I. Abschnitt	Die Veräußerung als Verwertungsmöglichkeit	32
1)	Inhalt und Umfang einer gewöhnlichen Veräußerung	32
a)	Die Auswirkungen auf die vermögensrechtliche Beteiligung	32
b)	Die Auswirkungen auf die Mitgliedschaft	33
2)	Inhalt einer Veräußerung eines Anteils eines ausgeschlossenen Gesellschafters in beiden Fällen des Gesellschafterausschlusses	37
a)	Die vermögensrechtlichen Auswirkungen	37
b)	Die Auswirkungen auf die Mitgliedschaft	38
c)	Die Zulässigkeit der Veräußerung eines Kapitalanteils	39

		Seite
II. Abschnitt	Freiwillige oder zwangsweise Veräußerung	45
1)	Steht das Ausschlußurteil der freien Veräußerung durch den beklagten Gesellschafter selbst entgegen	45
a)	Im Falle des bedingten Ausschlusses	45
b)	Im Falle des bedingungslosen Ausschlusses	46
2)	Stehen die Interessen der Gesellschaft der freien Veräußerung durch den beklagten Gesellschafter selbst entgegen	47
a)	Im Falle des bedingten Ausschlusses	48
b)	Im Falle des bedingungslosen Ausschlusses	50
III. Abschnitt	Die Veräußerung des Geschäftsanteils durch Pfandgläubiger	54
1)	Das Pfandrecht am Geschäftsanteil als Voraussetzung der Veräußerung	54
a)	Die Begründung des Pfändungspfandrechts	54
b)	Die Begründung des Vertragspfandrechts	59
2)	Die Verwertung des Pfandrechts als Veräußerungsmöglichkeit	64
a)	Die Verwertung des Pfändungspfandrechts	64
b)	Die Verwertung des Vertragspfandrechts	67
3. <u>Kapitel</u>	Die Einziehung des Geschäftsanteils	68
I. Abschnitt	Begriff und Rechtsnatur der Einziehung	68
II. Abschnitt	Die Voraussetzungen der Einziehung	69
1)	Die Voraussetzungen der freiwilligen Einziehung	69

		Seite
2)	Die Voraussetzungen der zwangsweisen Einziehung	72
a)	Die Zulässigkeit der zwangsweisen Einziehung	72
b)	Die einzelnen Voraussetzungen der zwangsweisen Einziehung	74
c)	Die Zwangseinziehung Zug um Zug gegen fällige Abfindung	75
3)	Unentgeltlichkeit der Einziehung	77
4)	Die Rechtsfolgen der Einziehung	78
a)	auf das Stammkapital	78
b)	auf die Gesellschafterstellung der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter	79
c)	Der ausgeschiedene Gesellschafter	79
III. Abschnitt	Einziehung und dingliche Rechte am Geschäftsanteil	80
1)	Ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten erforderlich	80
a)	Bei Vorliegen von entsprechenden Satzungsbestimmungen	80
b)	Bei Nichtvorliegen entsprechender Satzungsbestimmungen	82
2)	Die Entschädigung der dinglich Berechtigten	84
4. <u>Kapitel</u>	Der Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft	85
I. Abschnitt	Die Voraussetzungen des Erwerbs eigener Geschäftsanteile	85
1)	Die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Geschäftsanteile	85
2)	Die Beschränkungen des GmbH-Gesetzes	86
a)	Der absolut verbotene Erwerb nach § 33 Abs. I	86
b)	Der bedingt verbotene Erwerb nach § 33 Abs. II	87

		Seite
3)	Sonstige Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit des Erwerbs eigener Anteile	87
II. Abschnitt	Der eigene Geschäftsanteil im Vermögen der GmbH	88
1)	Die Auswirkungen des Erwerbs durch die Gesellschaft auf den Geschäftsanteil	88
2)	Rechte und Pflichten des gesellschaftseigenen Geschäftsanteils	89
a)	Kann die Gesellschaft Gewinnansprüche geltend machen	89
b)	Hat sie Anspruch auf Rückzahlungen	91
c)	Kann die Gesellschaft ein ihr auf Grund ihres eigenen Geschäftsanteils zustehendes Bezugsrecht ausüben	91
d)	Inwieweit wird die Gesellschaft aus eigenen Geschäftsanteilen verpflichtet	92
e)	Das Stimmrecht bei gesellschaftseigenen Geschäftsanteilen	93
5. Kapitel	Der Erwerb des Geschäftsanteils durch Gesellschafter der GmbH oder durch Dritte	95
I. Abschnitt	Der Erwerb durch einen Mitgesellschafter	95
II. Abschnitt	Der Erwerb durch mehrere Mitgesellschafter	96
1)	Der Erwerb eines gemeinschaftlichen Geschäftsanteils	96
2)	Der Erwerb eines Teils eines Geschäftsanteils	97
III. Abschnitt	Der Gesellschafterbeschuß als Grundlage des Erwerbs	98
1)	Die Befugnis der GmbH, die Abtretung des Geschäftsanteils zu verlangen	98
2)	Die mögliche Majorisierung der Minderheit	99

3)	Der anfechtbare Gesellschafterbeschuß	100
4)	Die Rechtsmittel der Minderheitsgesellschafter gegen anfechtbare Gesellschafterbeschlüsse	102
IV. Abschnitt	Der Erwerb durch Dritte	103
6. <u>Kapitel</u>	Die Höhe der Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters	104
I. Abschnitt	Die Grundlage der Abfindung	104
II. Abschnitt	Die Höhe des Abfindungsanspruchs	104
1)	Bei freiwilliger Veräußerung des Anteils	104
2)	Bei zwangsweisem Verlust des Anteils	105
7. <u>Kapitel</u>	Die zukünftige Regelung des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der GmbH wegen eines wichtigen Grundes	108
I. Abschnitt	Die Notwendigkeit einer allgemeingültigen Lösungsmöglichkeit	108
II. Abschnitt	Anhaltspunkte für eine gesetzliche Regelung de lege ferenda	109
III. Abschnitt	Die zu beachtenden Grundsätze für eine solche zukünftige Regelung	116
IV. Abschnitt	Rechtssätze	120

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	=	am angeführten Ort
AG	=	Aktiengesellschaft
AktG.	=	Aktiengesetz vom 30. 1. 1937
Anh.	=	Anhang
Anm.	=	Anmerkung
a. M.	=	anderer Meinung
Art.	=	Artikel
BB	=	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	=	Band
Bem.	=	Bemerkung
bzw.	=	beziehungsweise
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
Cc	=	Code civil
DB	=	Der Betrieb (Zeitschrift)
Diss.	=	Dissertation
DJ	=	Deutsche Justiz
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ.	=	Deutsche Notarzeitschrift
DR	=	Deutsches Recht
DRZ	=	Deutsche Richterzeitung (bis 1934); Deutsche Rechts-Zeitschrift ab 1946
Ehrenbergs Handbuch	=	Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts
Einf.	=	Einführung
Einl.	=	Einleitung
frz.	=	französisch
GenG.	=	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirt- schafts-genossenschaften vom 1. 5. 1889
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG.	=	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892
GmbH-Rdsch.	=	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
gr.	=	griechisch
Hdb.	=	Handbuch
HGB	=	Handelsgesetzbuch
h. L.	=	herrschende Lehre
h. M.	=	herrschende Meinung
ital.	=	italienisch
Jherings Jahrbuch	=	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	=	Juristische Rundschau
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
KG	=	Kommanditgesellschaft, auch Kammergericht
Komm.	=	Kommentar
KStG	=	Körperschaftssteuergesetz
KVStG	=	Kapitalverkehrssteuergesetz
LG	=	Landgericht
LM	=	Entscheidungssammlung des BGH von Linden- maier-Möhring
LZ	=	Leipziger Zeitschrift
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	=	meines Erachtens
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	=	Nummer
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
OLG	=	Oberlandesgericht
RabelsZ.	=	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht begründet von E. Rabel
RFH	=	Reichsfinanzhof
RG	=	Reichsgericht
RGR-Komm.	=	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	=	Entscheidungen des RG in Zivilsachen

Rspr.	=	Rechtsprechung
S.	=	Seite
Schw. OR	=	Schweizer Obligationenrecht
Schw. ZGB	=	Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
s.	=	siehe
u. a.	=	unter anderem
u. U.	=	unter Umständen
vgl.	=	vergleiche
z. B.	=	zum Beispiel
Ziff.	=	Ziffer
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, seit 1907: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, seit 1962: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, zitierweise blieb ZHR, vereinzelt jedoch auch ZHK
ZPO	=	Zivilprozeßordnung
ZZP	=	Zeitschrift für Zivilprozeß

Paraphenzitate ohne Angabe des Gesetzes gleich GmbH-Gesetz

Literaturverzeichnis

Lehrbücher, Kommentare, Monographien

- Baumbach-Duden: Kommentar zum HGB, 16. Aufl., München und Berlin 1964
- Baumbach-Hueck: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Aufl., München und Berlin 1964
zitiert: Baumbach-Hueck
- Baumbach-Hueck: Kommentar zum Aktiengesetz, 11. Aufl., München und Berlin 1961
- Baumbach-Lauterbach: Kommentar zur ZPO, 27. Aufl., München und Berlin 1963
- Bondi, Arthur: Die Rechte der Aktionäre, ein Beitrag zur Reform des Gesellschaftsrechtes und zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung, Berlin 1930
- Bötticher, E.: Kritische Beiträge zur Lehre der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930
- Brodmann: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
zitiert: Brodmann
- Dilthey: Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bonn 1937
zitiert: Dilthey
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
zitiert: Enneccerus-Lehmann
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. und 2. Halbband, Tübingen 1959/60
zitiert: Enneccerus-Nipperdey
- Erman, Walter: Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., Münster 1962
- Feine: Die GmbH in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band III, Abt. 3, Leipzig 1929
zitiert: Feine
- Fischer, Rudolf: Die Aktiengesellschaft in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band III, Abt. 1, Leipzig 1916

- Fischer, Curt: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948
- Forrer, H.: Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, Aarau 1960
- Gadow-Weipert: Aktiengesetz, Großkommentar, 2. Aufl., I. Band, Berlin 1961
- Gamma: Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1944
- Gierke v., Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl., Berlin 1955
- Gierke v., Otto: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
zitiert: Gierke: Genossenschaftstheorie
- Gierke v., Otto: Deutsches Privatrecht, I. Band, Leipzig 1895
- Godin v. -Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950
zitiert: v. Godin-Wilhelmi
- Goré: Société Anonyme in Dalloz, Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés, Tome III., Société Anonyme 1958
- Guhl: Das Recht der Gesellschaft m. b. H. in der Schweiz, Zürich 1937
zitiert: Guhl
- Hachenburg: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Berlin, 1. Band 1956, 2. Band 1959
zitiert: Schilling in Hachenburg für die §§ 1-19, 35-44, 53-59, 78-84
Schmidt in Hachenburg für die §§ 20-34, 45-52, 60-77
- Hartmann: Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 1963
- Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952
- Hueck, Alfred: Das Recht der OHG, 3. Aufl., Berlin 1964
- Hueck, Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
zitiert: Hueck Götz
- Höll: GmbH-Reform, Freiburger Dissertation 1962

- Janggen-Becker: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII, 3. Abt. Die GmbH, Bern, 1939
zitiert: Janggen-Becker
- Klausing, Friedrich: Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, Berlin-Wien 1928
zitiert: Klausing
- Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Band, Berlin 1906
- Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bände, 6. Aufl., München und Berlin 1963/1964
- Lehmann: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
- Liebmann: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Berlin 1921
- Müller-Erbach: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
zitiert: Müller-Erbach: Das Recht der Mitgliedschaft
- Müller-Erbach: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928
- Reichsgerichtsräte- Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1959-1961
zitiert: RGR-Komm. zum BGB
- Reichsgerichtsräte- Kommentar zum HGB, 2. Aufl., II. Band, Berlin 1950
zitiert: RGR-Komm. zum HGB
- Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1960
zitiert: Rosenberg
- Schinas, Georg: Der griechische Entwurf betreffend die GmbH unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen und französischen GmbH-Gesetzes sowie der Regelung der GmbH im schweizerischen Obligationenrecht und im italienischen Codice civile, Bonner Dissertation 1954
zitiert: Schinas

- Schlegelberger,
Gessler, Hefermehl:
Handelsgesetzbuch, Kommentar, 2. Band,
Berlin und Frankfurt, 3. Aufl., 1955
zitiert: Schlegelberger-Gessler: Komm.
zum HGB
- Schmid, Werner:
Das feste Grundkapital der Aktiengesell-
schaft, Aarau 1948
- Schoen:
Die Ausschließung eines Gesellschafters
einer GmbH aus wichtigem Grund, Bonner
Dissertation 1958
- Scholz, Eberh. :
Die Rechtsnatur der Abtretungsanzeige bei
der Übertragung von Geschäftsanteilen,
Bonner Dissertation 1928
- Scholz, Franz:
Ausschließung und Austritt eines Gesell-
schafters aus der GmbH, Köln, 3. Aufl.,
1950
zitiert: Scholz: Monographie
- Scholz, Franz:
Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl.,
Köln 1960
zitiert: F.Scholz: Komm., später nur
Scholz
- Soergel-Siebert:
Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Stuttgart
1959-1961
- Staudinger:
Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin
1957, 1958, 1960, 1962, 1963
- Stein-Jonas-Schönke:
Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
17. Aufl., Tübingen 1956
- Sudhof:
Der Gesellschaftsvertrag der GmbH,
Kommentar und Formularbuch, München
und Berlin 1964
zitiert: Sudhof
- Unger:
Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch
die Gesellschaft m. b. H. Leipziger rechts-
wissenschaftliche Studien, Leipzig 1925
zitiert: Unger
- Vogel:
Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1956
zitiert: Vogel
- Westermann:
Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., 1956
- Widmer, Ernst:
Die Abtretung von Geschäftsanteilen der
GmbH im schweizerischen Recht,
Winterthur 1961
- Wieczorek:
Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
Berlin 1958

- Wieland: Handelsrecht, II. Band, Die Kapitalgesellschaften 1931
- Würdinger, H.: Gesellschaften, 2. Teil, Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg 1943
zitiert: Würdinger
- Zöllner, W.: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963
zitiert: Zöllner

Aufsätze und Abhandlungen

- Becker: Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen in GmbH-Rdsch. 1927, 123 ff und 178 ff
- Becker: Einziehung zwecks Ausschluß der Vererbung von Geschäftsanteilen in GmbH-Rdsch. 1941, 243 ff
- Becker: Zusammentreffen der Verpfändung eines GmbH-Geschäftsanteils mit der Abtretung des Anspruchs auf Gewinnbeteiligung und das Liquidationsguthaben in GmbH-Rdsch. 1940, 184 ff
- Becker: Der abandonnierte Geschäftsanteil in GmbH-Rdsch. 1939, 571
- Becker: Eigene Geschäftsanteile der GmbH in GmbH-Rdsch. 1938, 700
- Becker: Die Behandlung eigener Geschäftsanteile der GmbH in LZ 1925, 834 ff
- Bergenroth: Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH in MDR 1951, 721
- Bergenroth: Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH, eine Entgegnung in MDR 1952, 338
- Bing: Anmerkung zu dem Urteil des KG vom 24. Juli 1934 in JW 1932, 757
- Buchwald: Die Einziehung eines Geschäftsanteils in GmbH-Rdsch. 1959, 68
- Buchwald: Zum Wesen des GmbH-Geschäftsanteils in GmbH-Rdsch. 1962, 25

- Buchwald: Verpfändung und Pfändung von GmbH-Geschäftsanteilen in GmbH-Rdsch. 1959, 254 und 1960, 5 ff
- Buchwald: Der eigene Anteil der GmbH in GmbH-Rdsch. 1958, 169
- Buchwald: Die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus der Gesellschaft in BB 1953, 457
- Dölle: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile in ZZP Bd. 62, 281 ff
- Ewald: GmbH-Anteile (Anteilsscheine) als Pfandstücke in ZHR 92 (1928), 96
- Fischer, Robert: Die Verpfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils in GmbH-Rdsch. 1961, 21
- Fischer, Robert: Die Fortsetzung einer GmbH in GmbH-Rdsch. 1955, 168
- Fischer, Robert: Fragen aus dem Recht der GmbH in JZ 1956, 362
- Fischer, Robert: Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz in GmbH-Rdsch. 1953, 131
- Fischer, Robert: Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH in GmbH-Rdsch. 1952, 113
- Fischer, Rudolf: Die Bedeutung des Zwecks für die Aktiengesellschaft in Jherings Jahrbuch Bd. 63, 327 ff
- Gaßmüller: Gesellschafterausschließung und Wiederaufnahmeverfahren in GmbH-Rdsch. 1956, 129 f
- Gaßmüller: Stellungnahme zu dem Aufsatz von H.M. Mezger in GmbH-Rdsch. 1963, 65
- Godin v. : Ausschließung eines Gesellschafters nach HGB und Entziehung in NJW 1951, 339
- Gottschling: Schutz der GmbH vor Überfremdung - Die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages in GmbH-Rdsch. 1953, 20 ff
- Gottschling: Die Stellung der Minderheit bei der Kapitalerhöhung einer GmbH in GmbH-Rdsch. 1955, 217
- Grussendorf: Nochmals: Die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH in JR 1953, 133
- Hartmann: Der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters in GmbH-Rdsch. 1962, 5

- Heitzer: Beteiligung ohne Stimmrecht in GmbH-Rdsch. 1952, 129 ff
- Hesselmann: Nießbrauch an GmbH-Anteilen in GmbH-Rdsch. 1959, 21
- Huber, Eugen: Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft in Zeitschrift für Schweiz. Recht 40 (1921), 5 ff
- Hueck: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht in DNotZ. 1952, 557
- Hueck: Ausschuß eines Gesellschafters aus einer GmbH in DB 1951, 108
- Hueck: Ausschuß eines Gesellschafters aus einer GmbH, Stellungnahme zum BGH-Urteil vom 1. April 1953 in DB 1953, 776
- Knur: Fragen der GmbH-Reform in DNotZ. 1961, 299
- Krause: Besprechung der 6. Aufl. des Kommentars zum GmbH-Gesetz von Hachenburg in BB 1954, 908
- Küster: Die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH in JR 1952, 455
- Lehmann: Zur Sicherungsabtretung von GmbH-Anteilen in GmbH-Rdsch. 1953, 143
- Lent: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile in ZZP Bd. 61, 278 ff
- Mangold: Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters in NJW 1954, 1144
- Masur: Zum Ausschuß eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grund in NJW 1949, 407
- Mezger: Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH in GmbH-Rdsch. 1963, 64
- Mezger: Nochmals: Ausschließung eines Gesellschafters aus einer GmbH in GmbH-Rdsch. 1963, 106
- Neukamp: Die Geschäftsanteile der GmbH in ZHR 57 (1905), 1 ff und 479 ff
- Neukamp: Die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in DJZ 1904, 231 ff und 293 f
- Pleyer: Einziehung von GmbH-Anteilen durch Satzungsbestimmung in GmbH-Rdsch. 1960, 124 f

- Pöschl: Ausschluss pflichtwidrig handelnder Gesellschafter in BB 1950, 11
- Raabe: Unentgeltliche Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils bei Pfändung und Konkurs des Gesellschafters in BB 1956, 708 ff
- Raiser: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht in ZHR 111 (1948), 75 ff
- Ruth: Eintritt und Austritt von Mitgliedern in ZHR 88 (1926), 454 ff
- Schefer: Kann die Satzung einer GmbH bestimmen, daß ein Geschäftsanteil beim Tod seines Inhabers untergehen soll? in GmbH-Rdsch. 1961, 7
- Schefer: Welche Rechte enthält der Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters in GmbH-Rdsch. 1961, 81
- Schinas: Die Regelung der GmbH in Griechenland in GmbH-Rdsch. 1956, 9 ff
- Schinas: Das griechische Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in RabelsZ. 22, 1957 S. 311
- Schilling: Wandlung des modernen Gesellschaftsrechts in JZ 1953, 489 ff
- Scholz: Die Anmeldung des Erwerbs eines Geschäftsanteils in GmbH-Rdsch. 1927, 43 ff
- Scholz: Die Rechte eines Minderheitsgesellschafters in der GmbH in GmbH-Rdsch. 1955, 36
- Scholz: Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH in GmbH-Rdsch. 1952, 17 ff
- Scholz: Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit in GmbH-Rdsch. 1952, 161 und 1954, 65
- Schuler: Einziehung von GmbH-Anteilen kraft Satzung in GmbH-Rdsch. 1962, 114
- Schuler: Die Pfändung von GmbH-Anteilen und die mit-erfaßten Ersatzansprüche in NJW 1960, 1423
- Schuler: Die Verpfändung von GmbH-Anteilen in NJW 1956, 689
- Schuler: Ausscheiden eines Gesellschafters kraft Satzung in GmbH-Rdsch. 1962, 152
- Schuler: Anmerkung zu dem Urteil des BGH (BGHZ 32, 151) in NJW 1960, 1053 und in NJW 1960, 1293 f

- Schuler: Einziehung gepfändeter GmbH-Anteile in NJW 1961, 2281 ff
- Schupp: Das GmbH-Gesetz ist reformbedürftig. Statistisches Material über die GmbH in NJW 1958, 1220
- Seydel: Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH in DB 1954, 1093
- Seydel: Ausschlößung eines GmbH-Gesellschafters in GmbH-Rdsch. 1953, 149
- Simon: Einziehung eines gepfändeten Geschäftsanteils nur gegen vollwertiges Entgelt in GmbH-Rdsch. 1961, 137 ff
- Vogel: Stellungnahme zum BGH-Urteil vom 1. April 1953 in BB 1953, 460
- Vogel: Die Verpfändung von GmbH-Anteilen in DB 1954, 208
- Vogel: Die Befristung der Anfechtungsklage bei der GmbH in GmbH-Rdsch. 1953, 5
- Wegener: Eigene Geschäftsanteile der GmbH in GmbH-Rdsch. 1952, 116 ff
-
- Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe, Berlin 1891
zitiert: Entwurf I
- Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mbH nebst Begründung und Anlagen, vom Bundestag dem Reichstag vorgelegt, Berlin 1892
zitiert: Entwurf II
- Entwurf eines Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Begründung. Reichsjustizministerium 1938
zitiert: Entwurf von 1938
- Die GmbH in der Rechtsprechung der Deutschen Gerichte, Bd. I-IV, Bd. I = 1919, Bd. II = 1919, Bd. III = 1925, Bd. IV = 1932
zitiert: GmbH-Rspr. Bd. und Rechtsspruch zu § X

Verwertungsmöglichkeiten eines Geschäftsanteils bei Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund und ihre rechtlichen Auswirkungen

Einführung

- I. 1) Der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund ist im GmbH-Gesetz nicht geregelt. Zwar enthält das Gesetz einige Vorschriften, die sich auf das Ausscheiden eines Gesellschafters beziehen, doch sind diese meist nicht geeignet, den Ausschluß eines Gesellschafters gegen dessen Willen herbeizuführen.

Eine dieser Vorschriften stellt § 15 dar, der die Abtretung von Geschäftsanteilen regelt. § 15 setzt jedoch den Abtretungswillen des Gesellschafters voraus, kann also nicht, zum Zwecke des Ausschlusses, gegen ihn durchgesetzt werden, es sei denn, daß der Auszuschließende formgültig (§ 15 Abs. IV) zur Abtretung sich verpflichtet hat oder zur Abtretung rechtskräftig verurteilt wurde. Als Rechtsgrundlage für einen zwangsweisen Ausschluß ist § 15 nicht geeignet.

Ebenso ungeeignet ist die Vorschrift des § 21, der den Ausschluß eines säumigen Gesellschafters durch das Kaduzierungsverfahren vorsieht, da der Auszuschließende die Kaduzierung durch rechtzeitige Einzahlung auf seine Stammeinlage verhindern kann.

Das GmbH-Recht kennt als Mittel des Ausscheidens eines Gesellschafters neben Abtretung und Kaduzierung noch die Preisgabe (Abandon) des Geschäftsanteils eines Gesellschafters zwecks Befreiung von der persönlichen Nachschußpflicht (§ 27). Bei der Preisgabe handelt es sich jedoch um ein Recht des Gesellschafters und nicht um eine Pflicht, die sein Ausscheiden aus der Gesellschaft bezweckt. § 27 kann daher als Vorschrift für einen zwangsweisen Ausschluß nicht herangezogen werden.

Die Möglichkeit, einen Gesellschafter nach § 34 auszuschließen, indem

der Geschäftsanteil des Auszuschließenden eingezogen wird, kommt nur insoweit als Ausschließungsmöglichkeit in Betracht, als der Gesellschaftsvertrag diese zuläßt.¹⁾ In allen anderen Fällen bleibt nur die Auflösung der GmbH nach § 60 Nr. 2 (Auflösungsbeschluß der Gesellschafter) oder nach §§ 60 Nr. 3, 61 (Auflösungsklage). Die Auflösungsklage hilft jedoch nicht, wo die Gesellschaft wegen ausschließ-lich in der Person eines Gesellschafters liegenden Grundes aufgelöst werden soll. Nach § 61 Abs. I rechtfertigen nur "in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe" die Auflösungsklage. Unter diesen Voraussetzungen ist die Auflösung der Gesellschaft nur gerechtfertigt, wenn das Bestehen der Gesellschaft durch den in der Person des lästigen Mitgesellschafters liegenden wichtigen Grund selbst gefährdet wäre. Ist das Bestehen der Gesellschaft dagegen ungefährdet, haben die Gesellschafter, die den Lästigen ausschließen wollen, kein Interesse daran, mit einer Auflösungsklage zugleich ihr eigenes Werk zu zerstören. Die Auflösungsklage führt daher nur in ganz besonderen Fällen zum Ziel.²⁾

- 2) Die Übersicht über die Möglichkeiten des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der GmbH nach dem GmbH-Gesetz zeigt, daß mit den derzeitigen Mitteln des GmbH-Rechts ein lästiger Gesellschafter nicht aus der GmbH ausgeschlossen werden kann. Für die Zulassung der Ausschließung besteht aber "ein starkes und dringendes Bedürfnis".³⁾ Einerseits kann den pflichttreuen Gesellschaftern nicht zugemutet werden, mit einem völlig untragbar gewordenen Gesellschafter zusammen zu arbeiten, andererseits sollen die pflichttreuen Gesellschafter nicht gezwungen werden, Auflösungsklage zu erheben.⁴⁾ Das Ansehen der Gesellschaft und damit ihre Kreditwürdigkeit könnte leiden, wenn sie z. B. gezwungen wäre, einen allgemein bekannten Störenfried

1) vgl. F. Scholz: Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 3. Auflage, 1950, S. 53. a)

2) vgl. F. Scholz: aaO. S. 64. b)

3) so wörtlich BGHZ 9, 157 (159)

4) vgl. BGH aaO.; F. Scholz aaO. S. 6 f

oder eine straffällig oder geisteskrank gewordene Person weiter als Gesellschafter zu behalten. Es muß eine Möglichkeit geben, einen lästigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, um das Unternehmen mit allen Werten und die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten.¹⁾ Schrifttum und Rechtsprechung schufen daher im Wege einer Fortbildung des GmbH-Rechts Abhilfe durch die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der GmbH aus wichtigem Grund.²⁾ Der Ausschluß aus wichtigem Grund wird heute allgemein anerkannt.³⁾ Das "gilt zunächst für die personalistisch ausgestaltete GmbH".⁴⁾ Inwieweit ein Ausschluß aus wichtigem Grund "auch bei der kapitalistisch ausgestalteten GmbH, bei der die Kapitalbeteiligung im Vordergrund steht, in Betracht kommen kann",⁴⁾ wird vom Einzelfall abhängen. Bei ihr wird

- 1) vgl. BGH aaO.; der Zug zur Groß-GmbH bringt die soziale Verpflichtung mit sich, die Gesellschaft und damit die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten und nicht aufzulösen, nur weil ein Gesellschafter untragbar geworden ist, vgl. hierzu über die wirtschaftliche Verbreitung der GmbH Schupp in NJW 1958, 1220; vgl. auch Hartmann in GmbH-Rdsch. 1962, 5
- 2) Wegbereitend F. Scholz in der oben zitierten Monographie; vgl. auch Hartmann S. 68 ff (Überblick für die Praxis). Die Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die den Ausschluß ohne Satzungsbestimmungen zunächst bei der Kartell-GmbH (RGZ 114, 212 und 125, 114) und dann allgemein (nach einer zögernden Zwischenlösung in RGZ 164, 257) in den Entscheidungen RGZ 169, 330 und RGZ in DR 1943, 812 zuließ, ist in der Monographie von F. Scholz S. 13 ff ausführlich dargestellt, so daß sich die Notwendigkeit einer eigenen Darstellung erübrigt.
- 3) siehe: Schilling in Hachenburg, Anhang I zu § 3; Schmidt in Hachenburg, § 34 Anm. 18; F. Scholz: Großkomm. zum GmbH-Gesetz § 15 Anm. 65; derselbe in GmbH-Rdsch. 1952, 17 ff; Vogel: Komm. zum GmbHG § 34 Anm. 5; derselbe in BB 1953, 460 f; Hueck in DB 1951, 108 und 1953, 776; Pöschl in BB 1950, 11; Küster in JR 1952, 455; Grüssendorf in JR 1953, 133; Bergenroth in MDR 1951, 721; Seydel in GmbH-Rdsch. 1953, 149; E. Mangold in NJW 1954, 1144; Fischer in GmbH-Rdsch. 1955, 168; BGHZ 9, 157 und 16, 317; OLG Frankfurt (Main) in NJW 1948, 429; aA. Masur in NJW 1949, 407 und Buchwald in BB 1953, 457
- 4) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18

ein wichtiger Grund meist sehr fern liegen. Das "Verschweigen von Vorstrafen"¹⁾ kann für die kapitalistisch ausgestaltete GmbH belanglos sein, "dagegen bei der personalistisch ausgestalteten GmbH für die übrigen Gesellschafter"¹⁾ unzumutbar sein. Bei der Frage, ob ein Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden soll, muß daher anhand des Gesellschaftsvertrages geprüft werden, welcher Grundtyp der GmbH vorliegt. Auch wenn das GmbH-Gesetz ein einheitliches Schema aufgestellt hat,²⁾ so ist doch unverkennbar, daß das Gesetz die Gründung zwei verschiedener Gesellschaftstypen ermöglicht und in der Praxis beide Gesellschaftstypen zu finden sind.³⁾ Diese Unterscheidung wird beim Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund bedeutsam, da bei der Prüfung die Notwendigkeit des Ausschlusses dessen Vereinbarkeit mit dem inneren Gefüge der Gesellschaft untersucht werden muß.

In jedem Falle darf der Ausschluß aus wichtigem Grund nur das letzte Mittel sein, das dann in Frage kommt, wenn andere gangbare Wege zur Beseitigung des Mißstandes nicht vorhanden sind. Oft genügt es z. B. einen geschäftsführenden Gesellschafter von der Geschäftsführung abzuberufen.⁴⁾

- 3) Zu Recht verlangen Rechtsprechung und der größte Teil des Schrifttums mit Rücksicht auf die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite einer solchen Entscheidung die Ausschlußklage und nicht bloß einen

1) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18

2) vgl. Krause in BB 1954, 908

3) vgl. Schilling in JZ 1955, 49 und Schilling in Hachenburg, Allgemeine Einleitung zum GmbH-Gesetz, Anm. 1; Fischer in GmbH-Rdsch. 1953, 131

4) Schon RGZ 169, 334; ansonsten ist das Urteil als nationalsozialistisch abzulehnen, da das RG den wichtigen Grund darin sah, daß der Gesellschafter Jude war. Dieser wichtige Grund konnte von der Vorinstanz nicht anerkannt werden. Vgl. ferner BGHZ 16, 317; F. Scholz aaO S. 16; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18; Hueck in DB 1951, 108

Gesellschafterbeschuß.¹⁾ Ein solcher ist jedoch Voraussetzung einer Ausschußklage, da durch den Gesellschafterbeschuß zuerst der Wille der Gesellschaft festgestellt werden muß, ob die Gesellschaft gegen einen ihrer Gesellschafter die Ausschußklage erheben soll.²⁾

Der BGH verlangt für den von der Gesellschafterversammlung zu fassenden Beschuß für die Klageerhebung eine Mehrheit, die satzungsmäßig oder nach § 60 Abs. I Nr. 2 (3/4-Mehrheit) für die Auflösung vorgesehen ist, weil nach seiner Ansicht die Ausschließung ihrer Bedeutung nach dem Auflösungsbeschuß am nächsten komme.³⁾ Hueck will hingegen einen einfachen Mehrheitsbeschuß genügen lassen, da keine Ähnlichkeit mit einem Auflösungsbeschuß vorläge und praktische Gesichtspunkte für eine einfache Mehrheit sprächen.⁴⁾ Einigkeit besteht darüber, daß der auszuschließende Gesellschafter bei Beschußfassung der Klageerhebung kein Stimmrecht hat, weil er nicht Richter in eigener Sache sein kann.⁵⁾

1) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; Baumbach-Hueck: Komm. zum GmbHG. Einführung zu § 34 2.) B; BGHZ 9, 157 ff; LG Frankfurt (Main) in NJW 1951, 719 mit einer Anm. von Hueck und in DNotZ 1952, 40 mit einer Anm. von Grussendorf; LG Regensburg in DNotZ 1953, 20; Grussendorf in JR 1953, 133; Schoen: Bonner Diss. S. 76 f; abweichend F. Scholz aaO. und in GmbH-Rdsch. 1952, 17; Küster in JR 1952, 455; vgl. auch Art. 822 Schw. OR., dazu Janggen-Becker zu Art. 822

2) vgl. Schoen: Bonner Diss. S. 117 ff

3) BGHZ 9, 157 (177)

4) Hueck in DB 1953, 777; Baumbach-Hueck: Komm. zum GmbHG. Einf. zu § 34 Anm. 2.) B; auch Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a, soweit die Satzung nichts anderes verlangt

5) so BGHZ 9, 157 (179); Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 65; Baumbach-Hueck: Komm. Einf. zu § 34 Anm. 2.) B; Hueck in DB 1951, 108 und 1953, 776

- II. 1) Mit der Frage der Ausschließung ist untrennbar die Frage verbunden, was mit dem Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters werden soll. Da der Geschäftsanteil die Gesellschafterstellung vermittelt, kann ein lästiger Gesellschafter nur dann endgültig aus der GmbH ausgeschlossen werden, wenn sein Geschäftsanteil verwertet wird. Die Art der Verwertung hängt dabei von den verschiedensten Umständen ab. So kann z. B. das rein tatsächliche Interesse der übrigen Gesellschafter, keinen Dritten in die Gesellschaft aufzunehmen, weil vielleicht der Charakter einer Familiengesellschaft gewahrt werden soll, die Verwertungsart bestimmen. Den Interessen der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter wird in diesem Fall nur Rechnung getragen, wenn die Verwertungsart den Eintritt eines familienfremden Gesellschafters in die Gesellschaft ausschließt. Als Verwertungsart bietet sich daher hier z. B. die Veräußerung an die Gesellschaft oder an die Gesellschafter an. Allen Verwertungsarten ist gemeinsam, daß die Verwertung des Geschäftsanteils als solche stets eine Voraussetzung zur Herbeiführung des endgültigen Ausschlusses ist.
- 2) Die Verwertung des Geschäftsanteils des lästigen Gesellschafters kann auf zweierlei Weise erfolgen: Entweder werden der Ausschluß des Gesellschafters aus der GmbH und die Verwertung seines Geschäftsanteils derart miteinander gekoppelt, daß der endgültige Ausschluß des Lästigen von der Verwertung seines Geschäftsanteils abhängig ist (bedingter Ausschluß) oder der Ausschluß aus der GmbH erfolgt unabhängig von der Verwertung des Geschäftsanteils (bedingungsloser Ausschluß). Ob der Ausschluß bedingt oder bedingungslos durchzuführen ist, hängt vom Einzelfall ab. Aus den Grundsätzen des GmbH-Rechts folgt jedoch, daß der Ausschluß des lästigen Gesellschafters in der Regel von der Verwertung seines Geschäftsanteils abhängig gemacht werden muß, weil nur so sichergestellt wird, daß der ausgeschlossene Gesellschafter den Gegenwert seines Geschäftsanteils erhält. Im Gegensatz zum Recht der OHG (§§ 140, 142 HGB) erlangt nämlich der ausgeschlossene Gesellschafter mit Rechtskraft des Ausschlußurteils keinen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen seine Mitgesell-

schafter. Der ausgeschlossene Gesellschafter ist allein auf seinen Geschäftsanteil angewiesen. Er kann sich weder uneingeschränkt an das Vermögen der Gesellschaft halten (§ 30 Abs. 1)¹⁾, noch haften ihm die übrigen Gesellschafter.²⁾ Die Haftung der Gesellschafter beschränkt sich auf die Volleinzahlung des übernommenen Stammanteils und auf das Entstehen für gesetzwidrige Ausschüttungen aus dem Stammkapital (§§ 24, 31). Daneben haftet der einzelne Gesellschafter nur noch subsidiär für die Erfüllung der Volleinzahlungsverpflichtung auf die Stammeinlage seitens seiner Mitgesellschafter im Verhältnis seines eigenen Anteils zum Gesamtkapital.

Das Fehlen jeder Haftung der Mitgesellschafter und die eingeschränkte Haftung der GmbH können daher dazu führen, daß der ausgeschlossene Gesellschafter den Gegenwert seines Geschäftsanteils nicht erhält, wenn er bedingungslos ausgeschlossen wird. Der lästige Gesellschafter hat jedoch regelmäßig einen Anspruch darauf, daß ihm der Gegenwert seines Geschäftsanteils ausgezahlt wird, denn der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ist keine Strafe. Dies ist für die OHG (§§ 140, 142 HGB) anerkannt³⁾ und gilt auch für die GmbH,⁴⁾ da die Ausschließungsgründe wie z. B. der Verlust der satzungsmäßigen Eigenschaften, der Eintritt einer Geisteskrankheit ein Verschulden des Gesellschafters nicht notwendig voraussetzen.⁵⁾ Aus demselben Grunde kann ein lästiger Gesellschafter auch nicht teilweise ausgeschlossen werden.⁶⁾ Bei der Ausschließung aus wichtigem Grund ist daher darauf Bedacht zu nehmen, daß der Betroffene nicht wirksam ausgeschlossen wird, ohne zugleich den vollen Gegen-

1) Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals

2) vgl. Vogel in BB 1953, 460 f.; Hueck in DB 1953, 777; BGHZ 9, 157 ff

3) RGZ 146, 169 (176)

4) ausdrücklich BGHZ 9, 157; F. Scholz aaO. S. 27; Vogel in BB 1953, 461; Schoen: Bonner Diss. S. 40

5) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18

6) z. B. nur mit dem Stimmrecht

wert für seinen Geschäftsanteil zu erhalten.¹⁾ Dieses finanzielle Interesse des Auszuschließenden ist schutzwürdig.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte knüpft der Bundesgerichtshof die rechtsgestaltende Wirkung des Ausschlußurteils zu Recht an die Bedingung, daß der auszuschließende Gesellschafter binnen einer für den Einzelfall angemessen festzusetzenden Frist den im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil zu erhalten habe, anderenfalls er in der Gesellschaft verbleibe.²⁾

Das Bestreben des BGH ist es, dem Ausscheidenden den vollen Gegenwert seines Geschäftsanteils zu sichern. Die vom BGH getroffene Lösung führt aber zu einer beträchtlichen Erschwerung der Ausschließung und oft zu einer für alle Beteiligten unerfreulichen langfristigen Rechtsunsicherheit. Der vom BGH eingeschlagene Weg nötigt dazu, den Streit über die Berechtigung der Ausschließung und denjenigen über die Höhe der Abfindung in demselben Prozeß auszutragen.³⁾ Die Entscheidung über die Höhe der Abfindung hängt meist von äußerst schwierigen Bewertungsfragen ab. Das bedeutet für viele Fälle, daß die eigentliche Ausschließung, an deren rascher Herbeiführung ein vordringliches Interesse besteht, fast immer verzögert wird. Hinzu kommt, daß das Ausschlußurteil selbst in der vom BGH vorgeschlagenen Form noch keine endgültige Lösung herbeiführt, da der Ausschluß von der Bedingung der Zahlung abhängig ist und fraglich ist, ob der erforderliche Betrag aufgebracht werden kann. Hueck schlägt daher vor, mit Rechtskraft des Ausschlußurteils dem beklagten Gesellschafter das Gewinn- und Stimmrecht zu nehmen, den Geschäftsanteil als solchen aber bestehen zu lassen und dem beklagten Gesellschafter nur einen Anspruch auf den Gegenwert des Geschäftsanteils bzw. seinen Anteil am Liqui-

1) BGHZ 9, 157 (170)

2) BGHZ 9, 157 ff

3) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; Vogel in BB 1953, 461; Hueck in DB 1953, 777; F. Scholz in GmbH-Rdsch. 1953, 75 und 1955, 39; E. und W. Mangold in BB 1953, 399; E. Mangold in NJW 1954, 1144

dationsüberschuß zuzubilligen.¹⁾ E. und W. Mangold wollen unter Umgehung der §§ 30. und 31 dem beklagten Gesellschafter einen Anspruch gegen die Gesellschafter auf Entschädigung zusprechen.²⁾

Die Ansicht von E. und W. Mangold ist jedoch abzulehnen. Die Lösung des Ausschlusses aus wichtigem Grund kann nur auf der Grundlage des GmbH-Rechts gefunden werden.³⁾ Ihre Lösung verstößt gegen zwingende Grundsätze des GmbH-Rechts. Die Gesellschaft darf dem auszuschießenden Gesellschafter den Gegenwert für seinen Geschäftsanteil nicht auszahlen, wenn hierdurch das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird.⁴⁾

Dem Lösungsvorschlag von Hueck kann ebenfalls nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, warum dem Auszuschließenden neben dem Stimmrecht auch das Gewinnrecht entzogen werden soll, da er mit diesem die Geschicke der GmbH nicht beeinflussen kann. Die übrigen Gesellschafter betreiben den Ausschluß nur, um dem untragbar gewordenen Gesellschafter jede Einflußnahme auf die GmbH zu nehmen. Die Gesellschafter dürfen dem beklagten Gesellschafter zu diesem Zweck die Vermögensrechte eines Geschäftsanteils nicht nehmen. Hueck will weiterhin dem beklagten Gesellschafter das Stimmrecht entziehen. Das genügt nicht, denn der auszuschließende Gesellschafter kann unter Umständen auch durch unsachliche Ausübung seiner übrigen Mitverwaltungsrechte die Zusammenarbeit der Gesellschafter untereinander stören. Dies kann z. B. dadurch geschehen, daß der

1) Hueck in DB 1953, 778

2) E. und W. Mangold in BB 1953, 399

3) so auch Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18 a

4) so ausdrücklich auch Hueck in DB 1953, 777, der im übrigen vor der Überschätzung dieses Problems warnt, da erfahrungsgemäß in der Regel ein Ausschluß nur beantragt würde, wenn entweder die GmbH über die nötigen, das Stammkapital übersteigenden Mittel zur Abfindung verfüge oder ein Gesellschafter oder ein Dritter zum Erwerb des Geschäftsanteils des Auszuschließenden bereit und in der Lage wäre, weil anderenfalls der Ausschluß ohne Zerstörung der Gesellschaft nicht denkbar sei.

lästige Gesellschafter von seinem Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung Gebrauch macht, unsachliche Auskünfte verlangt oder sein Rederecht mißbraucht, um den Ablauf der Gesellschafterversammlung zu stören. Dem lästigen Gesellschafter muß daher jede Mitverwaltungsbefugnis genommen werden.¹⁾

Mit der Entscheidung im 9. Band hat der BGH mE. eine Lösung gefunden, die wegen der gegenwärtigen Rechtslage kaum anders hätte ausfallen können. Die Lösung des BGH ist zwar mit erheblichen Nachteilen verbunden. Diese lassen sich letztlich nur durch eine grundsätzliche Änderung des GmbH-Gesetzes vermeiden.

- 3) Die Nachteile, die der bedingte Ausschluß mit sich bringt, lassen sich zum großen Teil vermeiden, wenn die Voraussetzungen für den bedingungslosen Ausschluß vorliegen. Ein lästiger Gesellschafter kann bedingungslos ausgeschlossen werden, wenn sein finanzielles Interesse auf den Gegenwert seines Geschäftsanteils nicht schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn der auszuschließende Gesellschafter auf den Schutz, den ihm der bedingte Ausschluß gewährt, verzichtet oder er diesen Schutz verwirkt, indem er alles tut, um den Ausschluß zu vereiteln oder zu verzögern. In diesen Fällen ist es angebracht, den Ausschluß eines lästigen Gesellschafters unabhängig von der Verwertung seines Geschäftsanteils durchzuführen. Der BGH hält dementsprechend in einem weiteren Urteil²⁾ folgerichtig nicht mehr an dem grundsätzlichen Erfordernis fest, die Abfindung im Urteil festzusetzen. Nach Ansicht des BGH kann der lästige Gesellschafter sofort ausgeschlossen werden, wenn der auszuschließende Gesellschafter nicht alles in seinen Kräften stehende tut, um die Ermittlung des Wertes des Geschäftsanteils ohne nennenswerte Verzögerung der Ausschließung zu ermöglichen. Die Koppelung des Ausschlusses mit der Abfindung habe nur den Sinn, den auszuschließenden Gesellschafter vor den Nach-

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a

2) BGHZ 16, 317 oder in JZ 1955, 330; BGH in LM § 61 GmbHG Nr. 2 mit Anm. von Fischer; Vgl. auch BGHZ 32, 17

teilen zu schützen, die sich aus dem sofortigen Ausschluß ergeben. Dieser Rechtsschutz dürfe nicht dazu ausgenutzt werden, um die Festsetzung des Entgelts für den Geschäftsanteil und damit die Entscheidung über die Ausschließung zu verzögern.

- 4) Erfolgt die Verwertung des Geschäftsanteils unabhängig von dem Ausschluß, so mag dieses Verfahren für die beteiligten Mitgesellschafter vorteilhaft sein, weil es den Ausschluß des Lästigen beschleunigt. Rechtlich wirft es jedoch erhebliche dogmatische Probleme auf. Der bedingungslose Ausschluß treibt einen Keil zwischen die Gesellschafterstellung und den Geschäftsanteil. Durch den bedingungslosen Ausschluß wird es möglich, daß eine Person noch Inhaber eines GmbH-Geschäftsanteils sein kann, nicht aber mehr die Gesellschafterstellung in der GmbH inne hat, da sie bereits wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Damit stellt sich die Frage, wie weit sich die Gesellschafterstellung und Inhaberschaft am Geschäftsteil spalten lassen. Es fragt sich weiter, was für eine Rechtsstellung der bedingungslos ausgeschlossene Gesellschafter einnimmt und welche Befugnisse ihm noch zustehen.

In den Ausführungen des Hauptteils sollen die Fragen beantwortet und die damit zusammenhängenden dogmatischen Probleme behandelt werden, die sich auf Grund des bedingungslosen Ausschlusses ergeben. Anschließend sollen die verschiedenen Verwertungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Dabei soll innerhalb dieser Verwertungsmöglichkeiten im einzelnen auf die Besonderheiten eingegangen werden, die bei dem bedingten Ausschluß einerseits und dem bedingungslosen Ausschluß anderseits zu beachten sind. Zum Abschluß wird schließlich der Versuch unternommen, eine Lösung für den Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund zu entwerfen, die geeignet ist, bei den Vorarbeiten für eine spätere gesetzliche Regelung als Diskussionsgrundlage zu dienen.

HAUPTTEIL

1. Kapitel

Die rechtliche Stellung des GmbH-Gesellschafters

- I. 1) Die Gesellschafterstellung bei der GmbH wird durch den Geschäftsanteil vermittelt. Der Erwerb eines solchen Geschäftsanteils ist daher notwendige Voraussetzung, um Gesellschafter einer GmbH werden zu können. Da der Geschäftsanteil somit eine wichtige Rolle für den GmbH-Gesellschafter spielt, soll zunächst versucht werden, seine Bedeutung für die GmbH und ihre Gesellschafter näher darzulegen. In der Begründung zu den Entwürfen des GmbH-Gesetzes wird der Geschäftsanteil als "die durch Übernahme der Stammeinlage geschaffene Rechtsposition des Gesellschafters" bezeichnet.¹⁾ Das Reichsgericht²⁾ erklärt ihn als "die durch Übernahme der Stammeinlage begründete Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, die hierdurch begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und der hierauf beruhende Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten".³⁾ Diese Definition hinterläßt den Eindruck, als erhielte der Gesellschafter seine Rechte für die Übernahme der Stammeinlage. In Wirklichkeit ist die Stammeinlage nur eine notwendige Voraussetzung für die erstmalige Begründung einer Gesellschafterstellung. Trotz dieser Bedenken läßt die Definition des Reichsgerichts zumindest erkennen, daß der Geschäftsanteil die Gesellschafterstellung vermitteln soll. Durch bloße Definition läßt sich der Geschäftsanteil jedoch nicht erschöpfend erklären. Um sein Wesen näher zu erfassen, ist es erforderlich, die Funktionen, die ein Geschäftsanteil zu erfüllen hat, zu erkennen.

Aufgabe des Geschäftsanteils ist zunächst, eine Mitgliedschaftsstelle

1) Entwurf I 2 S. 59; Entwurf II S. 47

2) RGZ 82, 167 (169); 97, 197 (200)

3) Als Stammeinlage wird nur die Vermögenseinlage bezeichnet, während der Geschäftsanteil die Gesellschafterstellung darstellt.

zu bilden.¹⁾ Nicht jede Personenverbindung ist geeignet, als Trägerin von echten Mitgliedschaftsstellen aufzutreten. Zu unterscheiden ist zwischen Körperschaften und Personengemeinschaften als zwei verschieden gerichtete Prinzipien des Personenzusammenschlusses. Gierke bezeichnet diese Gegenüberstellung als "unüberbrückbare begriffliche Kluft".²⁾

Trägerin einer echten Mitgliedschaftsstelle kann nur eine Körperschaft sein,³⁾ da nur bei ihr echte Mitgliedschaft möglich ist. Der heute geläufige Sprachgebrauch verwendet zwar auch den Begriff der Mitgliedschaft, wenn von Personengemeinschaften die Rede ist. Echte Mitgliedschaft liegt jedoch nur dann vor, wenn bei dem Mitgliedschaftsverhältnis das Hauptgewicht auf den Beziehungen zwischen Mitglied und übergeordnetem Verband liegt.⁴⁾ Dies ist nur bei der Körperschaft der Fall. Bei den Personengemeinschaften liegt das Hauptgewicht auf den Beziehungen der "Mitglieder" untereinander.

Echte Mitgliedschaft ist ferner ein Ober-Untergeordnetenverhältnis eigentümlich.⁵⁾ Über der Gesamtheit der Mitglieder steht die verselbständigte Körperschaft. Sie bildet den Oberbau, während die Gesamtheit der Mitglieder ihren Unterbau bildet. Die Verselbständigung der Körperschaft hat zur Folge, daß Veränderungen innerhalb der Mitglieder-gemeinschaft grundsätzlich auf den Bestand der Körperschaft keinen Einfluß haben.

1) Der Terminus "Mitgliedschaftsstelle" findet sich bei Müller-Erbach: Deutsches Handelsrecht S. 242; Rudolf Fischer: Die Aktiengesellschaft in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, Abt. 1, S. 149 und Schmid, Werner: Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft S. 7, jedoch nur im Bezug auf die Aktie; bei Förster hingegen: Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung S. 28 ff ganz allgemein.

2) Otto v. Gierke: Genossenschaftstheorie S. 339

3) vgl. Förster, aaO. S. 33

4) vgl. Förster, aaO. S. 33; Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht S. 13

5) Förster, aaO. S. 33

Es gehört zum Wesen eines Personenverbandes, dem ein derartiges Ober-Untergeordnetenverhältnis zugrunde liegt, daß eine bestimmte Anzahl von Mitgliedschaftsstellen den Unterbau bildet, ohne den eine Körperschaft grundsätzlich nicht auskommt. Denkbar ist, daß eine Körperschaft vorübergehend keine Mitglieder hat,¹⁾ obwohl diese Möglichkeit dem Wesen der Körperschaft widerspricht. Die Mitgliedschaftsstellen hingegen müssen immer vorhanden sein. Sie gehören zu den Strukturvoraussetzungen einer Körperschaft. So hat z. B. eine GmbH, die auf Grund Erbfalls alle eigenen Geschäftsanteile besitzt, keine Mitglieder. Die Mitgliedschaftsstellen sind jedoch vorhanden. Sie werden von der GmbH selbst besetzt.

Bei den reinen Kapitalkörperschaften ist die Anzahl der Mitgliedschaftsstellen begrenzt. Das bedeutet für die GmbH, daß sie nicht mehr Mitgliedschaftsstellen aufweist als Geschäftsanteile bestehen.²⁾ Deren Anzahl hängt wiederum davon ab, wieviel Personen sich an der Gründung der GmbH beteiligt haben.³⁾ Das Stammkapital wird in soviel einzelne Stammeinlagen zerlegt, wie Gründer vorhanden sind. Jede Stammeinlage begründet einen Geschäftsanteil, der seinerseits eine Mitgliedschaftsstelle schafft. Die Mitgliedschaftsstelle erfaßt den objektiven Bestand von Rechten und Pflichten, der die eigentliche Mitgliedschaft erst ausfüllt.⁴⁾

Wesentliches Merkmal der Mitgliedschaftsstelle ist deren rechtliche Selbständigkeit. Kraft ausdrücklicher Vorschrift bleibt die Mitgliedschaftsstelle bestehen, wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil einen weiteren hinzuerwirbt, § 15 Abs. II.⁵⁾

1) Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 21; E. Scholz § 15 Anm. 64; a. M. Feine S. 424; Brodmann § 33 Anm. 2. g); Baumbach-Hueck § 33 3.) A.

2) vgl. Schmid, Werner: aaO. S. 7

3) Die Anzahl der Gründer ist nicht mehr identisch mit der Anzahl der Geschäftsanteile, wenn nachträglich ein Geschäftsanteil eingezogen wird.

4) vgl. Forrer: aaO. S. 29

5) vgl. Vogel § 15 Anm. 10; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 69; Klausning S. 106 f

Durch diesen Vorgang wird kein zweites Mitgliedschaftsverhältnis begründet, sondern nur die Mitgliedschaftsstellung des Erwerbers verstärkt.¹⁾ Die beiden Mitgliedschaftsstellen vereinigen sich nicht zu einer Neuen, sondern bleiben getrennt bestehen.²⁾ Der Begriff der Mitgliedschaftsstelle unterscheidet sich damit von dem der Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaftsstelle ist Voraussetzung der Mitgliedschaft, während die Mitgliedschaft auf der Mitgliedschaftsstelle beruht.³⁾ Anders ausgedrückt läßt sich sagen: Die Mitgliedschaftsstelle verkörpert die Möglichkeit, sich an einer Körperschaft zu beteiligen, während die Mitgliedschaft die dauernde Verwirklichung dieser Möglichkeit ist. Die Verschiedenheit beider Begriffe läßt sich an folgendem Beispiel praktisch darstellen. Wird der Geschäftsanteil eines Gesellschafters kaduziert, so scheidet der Gesellschafter aus der GmbH aus. Der Geschäftsanteil bleibt als trägerloses Rechtsobjekt bestehen.⁴⁾ Mit Wirksamwerden der Ausschließung verliert der Gesellschafter seine Mitgliedschaft bei der GmbH. Die Mitgliedschaftsstelle dagegen ist nicht verloren gegangen. Wird der kaduzierte Geschäftsanteil einem neuen Gesellschafter übertragen, so wird das nunmehr neu begründete Mitgliedschaftsverhältnis durch die Rechte und Pflichten ausgefüllt, die der bestehen gebliebene Geschäftsanteil erfaßt. Dieses Beispiel zeigt, daß der Begriff der Mitgliedschaftsstelle von dem Begriff der Mitgliedschaft streng zu unterscheiden ist.

Aufgabe des Geschäftsanteils ist aber nicht nur, eine Mitgliedschaftsstelle zu bilden, sondern auch die Mitgliedschaft selbst bei der Ge-

1) Feine S. 268 u. 395; a. M. Würdinger S. 18

2) vgl. Feine S. 395; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 69; Vogel § 15 Anm. 10; anders das österreichische GmbH-Recht, das vom Einheitsprinzip ausgeht.

3) vgl. Forrer aaO. S. 28 f

4) vgl. Schmidt in Hachenburg § 21 Anm. 26; Vogel § 21 Anm. 9; F. Scholz: Komm. § 21 Anm. 23; unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, wer in diesem Falle über einen solchen Geschäftsanteil verfügen darf.

sellschaft zu vermitteln. Der Geschäftsanteil ist die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten des Gesellschafters (unter Vorbehalt der persönlichen Sonderrechte und -pflichten), und ist mit der Mitgliedschaft zu identifizieren. Geschäftsanteil bedeutet auch Mitgliedschaft¹⁾ und zwar in umfassendem Sinne, indem alle Ausflüsse des Verhältnisses zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesellschaft umfaßt werden. Gleich der Aktie sind im Geschäftsanteil alle Rechte und Pflichten zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen und können in ihm als Gesamtheit erworben, veräußert, übertragen und vererbt werden. Der Geschäftsanteil ermöglicht seinem Inhaber vor allem, sich am Leben der Gesellschaft zu beteiligen. Als Mitglied der GmbH ist er jedoch der körperschaftlichen Struktur dieser Gesellschaft unterworfen. Das bedeutet einerseits, daß sein tatsächlicher Einfluß auf die Gesellschaft sich nach der Höhe seiner Beteiligung richtet, daß er als Mitglied einer Körperschaft der Mehrheitsherrschaft unterworfen ist.²⁾ Andererseits begründet die Mitgliedschaft nicht nur Pflichten für die Gesellschaft, sondern auch für den Inhaber des Geschäftsanteils selbst.

Welches ist nun die Rechtsnatur der Mitgliedschaft? Ist es ein Forderungs-, ein Sachen- oder ein Personenrecht? Eine Einordnung der Mitgliedschaft in eine dieser Rechtskategorien ist unmöglich. Bei der Mitgliedschaft handelt es sich nicht um ein bestimmtes Recht, auch nicht um die Zusammenfassung von Rechten und Pflichten gleicher Natur, sondern um die Verbindung von Berechtigungen und Verpflichtungen verschiedenster Natur.³⁾ Demnach ist die Mitgliedschaft als ein Recht eigener Art anzusehen, das sich von Forderungs-, Sachen- und Personenrechten unterscheidet und durch den Geschäfts-

1) vgl. Feine S. 262; Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 4; Baumbach-Hueck § 14 1) A.; Vogel § 14 Anm. 2; F. Scholz: § 14 Anm. 2 ff

2) vgl. Müller-Erzbach; Das private Recht der Mitgliedschaft S. 39 ff

3) vgl. Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 16; Sudhof S. 271; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht S. 13

anteil verkörpert wird.

Zusammenfassend ergibt sich, daß der Geschäftsanteil zwei verschiedene Funktionen zu erfüllen hat. Der Geschäftsanteil soll eine Mitgliedschaftsstelle bilden und gleichzeitig seinem Inhaber die Mitgliedschaft, die Gesellschafterstellung bei der GmbH vermitteln.

- 2) Bei der Betrachtung der mitgliedschaftlichen Rechte eines GmbH-Gesellschafters im Hinblick auf ihren materiellen Inhalt lassen sich zwei Hauptgruppen feststellen: Vermögensrechte und Herrschaftsrechte. Diese Unterscheidung wird auch weitgehend in der Literatur getroffen.¹⁾ Die Sonderung der mitgliedschaftlichen Rechte in Individualrechte und Sozialrechte²⁾ oder in Wert- und Organrechte³⁾ läuft im Ergebnis auf dasselbe hinaus. Das gleiche gilt für die Einteilung in selbstnützige und gemeinnützige Rechte⁴⁾ oder in Forderungs- und Gestaltungsrechte.⁵⁾ Die an erster Stelle erwähnten Vermögensrechte der Mitglieder sind hauptsächlich den Kapitalkörperschaften eigentümlich, während sie bei den Personenkörperschaften⁶⁾ weniger begegnen. Bei diesen dienen die Mitgliedschaftsrechte in erster Linie der Ausgestaltung der Rechtsstellung der Mitglieder im Verbands. Bei den Kapitalkörperschaften, zu denen auch die GmbH zählt und die einzig um des Erwerbes willen bestehen, ist den Mitgliedern eine Gruppe von Rechten zugewiesen, die "als Rechte auf Vermögenserwerb oder Vermögensrechte"⁷⁾ charakterisiert werden können. Der Natur der GmbH

1) vgl. Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 17; Schefer in GmbH-Rdsch. 1961, 82

2) Otto v. Gierke: Genossenschaftstheorie S. 174 ff; vgl. auch Feine S. 372 und RGZ 139, 228

3) Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1906, S. 360; Enneccerus-Nipperdey Bd. I S. 674; Julius von Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin 1955, S. 417 i. V. m. S. 322

4) Müller-Erzbach aaO. S. 208 ff

5) Flechtheim zitiert bei Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 17

6) wie z. B. Idealverein, Genossenschaft

7) Bondi: Recht der Aktionäre S. 146

als Kapitalgesellschaft entsprechend sind diese Rechte vom Interesse der Mitglieder aus gesehen sogar als die wesentlichen und eigentlichen mitgliedschaftlichen Rechte anzusprechen. Otto v. Gierke gelangt aus diesem Grunde zu der Auffassung, daß wegen der vom Interesse her bestimmten vorrangigen Bedeutung der Vermögenswerte in den Kapitalgesellschaften oder - wie er es nennt "Vermögensgenossenschaften" - die übrigen Mitgliedschaftsrechte, also die Herrschaftsrechte, sich nur als deren Annex darstellen, da sie ebenfalls nur, und zwar auf mittelbare Weise, dem Zwecke der wirtschaftlichen Gewinnerzielung zu dienen bestimmt sind.¹⁾ Zu Recht läßt sich gegen diese Betrachtungsweise jedoch einwenden, daß die Herrschaftsrechte wegen ihrer entscheidenden Bedeutung im Hinblick auf die Verwirklichung der Vermögensrechte in ihrer theoretischen Behandlung einer selbständigen Gruppe der Herrschaftsrechte zugerechnet werden müssen.²⁾ Diese Auffassung stützt Bondi mit dem weiteren Argument, daß es nicht angehe, die Kategorie der Herrschaftsrechte, die bei den Personalverbänden die Summe der Mitgliedschaftsrechte darstellen, im Bereich der Kapitalgesellschaften als unselbständigen Anhang den Vermögensrechten beizuordnen, da auch den Kapitalgesellschaften ein ausgeprägter Verbandscharakter eigen sei.³⁾ Aus diesen Gründen muß davon ausgegangen werden, daß bei den Kapitalverbänden und demnach auch bei der GmbH gleichwertig zwei Gruppen von Mitgliedschaftsrechten nebeneinander stehen: Vermögensrechte und Herrschaftsrechte.⁴⁾ Im einzelnen werden das Recht auf Gewinnbeteiligung (§ 29), das Recht auf Rückzahlung von Nachschüssen (§ 30 Abs. II) und Stammeinlagen

1) Otto v. Gierke: Genossenschaftstheorie S. 240

2) vgl. Bondi aaO. S. 146 f, der im übrigen hinsichtlich der Herrschaftsrechte von Durchsetzungsrechten spricht; Ruth in ZHR 88 (1926) S. 464 Anm. 10

3) Bondi aaO. S. 146

4) vgl. Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 17; Schefer in GmbH-Rdsch. 1961, 82; Bondi aaO. S. 147

nach einer Kapitalherabsetzung (§ 58 Abs. II), sowie das Recht auf den Liquidationserlös (§ 72) zu den Vermögensrechten gezählt. Das Stimmrecht hingegen (§ 47), das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, weiter das Auskunftsrecht, das dem Gesellschafter ein sachkundiges Abstimmen ermöglichen soll (entspr. § 112 AktG.), sowie das Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen (§ 45) und die Minderheitsrechte der §§ 50, 61 und 66 werden allgemein den Herrschaftsrechten zugerechnet.

- 3) Bei der GmbH als Kapitalgesellschaft bestimmt gewöhnlich das Kapitalinteresse den Wert der Mitgliedschaft. Je stärker das Kapitalinteresse ist, desto eher besteht das Bedürfnis, diesen Vermögenswert notfalls in Geld oder geldliche Mittel umwandeln zu können. § 15 Abs. I hilft diesem Verwertungsbedürfnis ab. Er erklärt Geschäftsanteile grundsätzlich für veräußerlich und vererblich.¹⁾ Den mit der freien Veräußerlichkeit eines Geschäftsanteils verbundenen Nachteilen, die sich aus den personenrechtlichen Zügen einer GmbH ergeben können,²⁾ sucht der Gesetzgeber mit der Regelung des § 15 Abs. V zu begegnen, wonach der Gesellschaftsvertrag Erschwerungen wie z. B. qualifizierten Gesellschafterbeschuß als Voraussetzung der Veräußerung vorsehen kann.³⁾

Wird ein GmbH-Gesellschafter durch Urteil aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so fragt sich, welche Folgen dieser Ausschuß auf die Gesellschafterstellung hat.

-
- 1) In Frankreich hat die GmbH mehr den Charakter einer Personengesellschaft. Art. 22 des frz. GmbH-Gesetzes knüpft daher die Veräußerung eines Geschäftsanteils an die Zustimmung der doppelten Mehrheit, Kapital- und Personenmehrheit; für die Schweiz gelten Art. 791 Abs. II und 789 Schw. OR.; vgl. ausführlich über das frz., österr., ital., schw., gr. Recht bei Schinas: Bonner Diss. S. 162 ff
- 2) Wenn der Charakter einer Familiengesellschaft gewahrt werden soll.
- 3) Gottschling in GmbH-Rdsch. 1953, 20 ff; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 1; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 50; Baumbach-Hueck: Komm. zum GmbHG. § 15 5.) A)

- 1) Der Bundesgerichtshof knüpft in seiner Entscheidung vom 1. April 1953 die Wirksamkeit des Ausschlusses an die Bedingung, daß der betroffene Gesellschafter binnen einer für den Einzelfall angemessen festzusetzenden Frist den im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil zu erhalten hat.¹⁾ Dieser Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund erfolgt auf Grund eines Gestaltungsurteils.²⁾ Das bedeutet, daß der Gesellschafter erst endgültig aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist, wenn die Gestaltungswirkung des Urteils eintritt. Grundsätzlich ist die Gestaltungswirkung Folge der Unanfechtbarkeit des Urteils.³⁾ In seiner Entscheidung vom 1. April 1953 wich der BGH von dieser Regel ab und knüpfte den Eintritt der Gestaltungswirkung an eine Bedingung.⁴⁾ Erst wenn der auszuschließende Gesellschafter den im Urteil festgesetzten Gegenwert innerhalb der im Urteil bestimmten Frist für seinen Geschäftsanteil erhält, tritt die Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils ein. Der Eintritt der formellen Rechtskraft des Ausschlußurteils wirkt sich auf die Gesellschafterstellung nicht aus. Entscheidend ist, ob der Geschäftsanteil verwertet wird. Solange das Schicksal des Geschäftsanteils des Auszuschließenden nicht entschieden ist, bleibt der beklagte Gesellschafter in der GmbH und kann seine vollen Gesellschafterrechte ausüben. Die sich dadurch für die Gesellschaft ergebenden Nachteile lassen sich nur durch eilige Verwertung des Geschäftsanteils vermeiden. Unter Umständen kann auch daran gedacht werden, dem beklagten Gesellschafter bis zum Wirksamwerden des Ausschlusses durch einst-

1) BGHZ 9, 157

2) vgl. Rosenberg S. 412; siehe auch Schlegelberger-Geßler: Komm. zum HGB, Bd. II zu § 140 Anm. 13

3) BGHZ 9, 157(174); Rosenberg S. 238

4) Die prozeßrechtliche Seite dieser Entscheidung bedarf noch eingehender Untersuchung, da der BGH einen neuen Fall von bedingten Urteilen, dazu noch von bedingten Gestaltungsurteilen entwickelt hat. Dagegen Hueck in DB 1953, 776 und Vogel in BB 1953, 461; vgl. auch Schoen: Bonner Diss. S. 82 ff

weilige Verfügung verbieten zu lassen, seine Mitverwaltungsrechte auszuüben, ähnlich wie einem OHG-Gesellschafter auf diese Weise die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden kann.¹⁾

2) a) In seinem Urteil vom 17. Februar 1955 entschied der Bundesgerichtshof, daß ein lästiger Gesellschafter auch bedingungslos aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden könne.²⁾ Wenn nämlich der beklagte Gesellschafter nicht alles in seinen Kräften stehende tut, um die Ermittlung des Wertes des abzugebenden Geschäftsanteils ohne nennenswerte Verzögerung der Ausschließung zu ermöglichen, braucht der Wert dieses Geschäftsanteils nicht im Urteil festgestellt und die Ausschließung nicht von der Zahlung dieses Betrages abhängig gemacht zu werden. Der lästige Gesellschafter verliert in diesem Fall seine Gesellschafterstellung, sobald das Ausschußurteil formell rechtskräftig wird.³⁾ Ab Rechtskraft des Urteils kann der beklagte Gesellschafter die gewöhnlich einem Gesellschafter zustehenden Mitgliedschaftsrechte nicht mehr ausüben, da ihm sämtliche Herrschaftsrechte bei der GmbH endgültig entzogen worden sind. Fraglich bleibt, welche Wirkungen das Ausschußurteil unter diesen Umständen auf die vermögensrechtliche Beteiligung des Beklagten und damit auf den Geschäftsanteil als solchen zeitigt.

b) Mit Hilfe des Ausschußurteils soll dem lästigen Gesellschafter jede Möglichkeit genommen werden, weiterhin die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen. Die Gesellschaft ist berechtigt, den lästigen Gesellschafter ausschließen zu lassen, da in seiner Person ein wich-

1) vgl. RGR-Komm. zum HGB § 140 Anm. 25; Baumbach-Duden: Komm. zum HGB § 140 Anm. 3) C; Baumbach-Hueck: Einf. zu § 34 Anm. 2) B); vgl. auch bei der Auflösungsklage Schmidt in Hachenburg § 61 Anm. 3

2) BGHZ 16, 317 oder BGHZ in JZ 1955, 330

3) vgl. Rosenberg S. 412 und Schlegelberger-Gessler: Komm. zum HGB, Bd. II zu § 140 Anm. 13 i. V. m. § 133 Anm. 24

tiger Grund gegeben ist, der den Ausschluß rechtfertigt. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Ausschlußurteils wird das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und beklagtem Gesellschafter aufgelöst. Das bedeutet, daß der Lästige kein Gesellschafter, kein Mitglied der GmbH mehr ist. Die Mitgliedschaft wird vernichtet. Vernichtung der Mitgliedschaft besagt jedoch nicht, daß der Geschäftsanteil das Schicksal der Mitgliedschaft teilt. Der Geschäftsanteil erfüllt zwei verschiedene Funktionen. Er vermittelt nicht nur die Mitgliedschaft bei der GmbH, sondern bildet gleichzeitig eine Mitgliedschaftsstelle.¹⁾ Wird die Mitgliedschaft vernichtet, so wird nur das Gesellschaftsverhältnis aufgelöst, nicht die Mitgliedschaftsstelle angegriffen, in der das Gesellschafterverhältnis eingebettet liegt. Aus der Selbständigkeit des Geschäftsanteils, die ihn, wie das Beispiel des Kaduzierungsverfahrens zeigt, unabhängig vom Schicksal der Mitgliedschaft macht,²⁾ folgt, daß die Vernichtung der Mitgliedschaft den Untergang des Geschäftsanteils nicht zur Folge hat. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus folgender Überlegung: Würde mit der Vernichtung der Mitgliedschaft der Geschäftsanteil untergehen, so würde die Wirkung des Ausschlußurteils unmittelbar in die Struktur der GmbH als Körperschaft eingreifen. Durch Urteil kann eine Mitgliedschaftsstelle nicht vernichtet werden. Dies ist entweder nur durch Einziehung (§ 34) oder durch Gesamtvernichtung aller Mitgliedschaftsstellen im Wege der Liquidation durch Auszahlung des Abwicklungserlöses möglich. Die Vernichtung des Geschäftsanteils durch Urteil ist dem Wesen und der Struktur einer Kapitalkörperschaft fremd. Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß der Geschäftsanteil als solcher trotz wirksamen Gesellschafterausschlusses in seinem rechtlichen Bestande erhalten bleibt.³⁾

1) vgl. oben S. 12 ff (17)

2) vgl. oben S. 15.

3) vgl. BGHZ 9, 157 (167); BGHZ 32, 18 (23); Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 65; Hueck in DB 1953, 778; Mezger in GmbH-Rdsch. 1963, 64 und 106 f

- c) Wenn also der Geschäftsanteil als solcher bestehen bleibt, so fragt sich, wem dieser zusteht. Der BGH spricht in seinem Urteil vom 1. April 1953 davon, daß der Geschäftsanteil bei Zahlung des vollen Entgelts an die Gesellschaft fällt.¹⁾ Der BGH geht damit von der Möglichkeit aus, daß mit Wirksamwerden des Ausschlusses die vermögensrechtliche Beteiligung des Ausgeschlossenen der GmbH zufällt.²⁾ Dieser Ansicht des BGH kann indes im Falle des bedingungslosen Gesellschafterausschlusses nicht gefolgt werden. Unstreitig kann ein lästiger Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der GmbH ausgeschlossen werden, der seine Stammeinlage noch nicht vollständig geleistet hat. In den Fällen, in denen die Stammeinlage noch nicht voll eingezahlt ist, kann der entsprechende Geschäftsanteil mit Rücksicht auf § 33 Abs. I nicht in das Vermögen der GmbH fallen.³⁾ Der Anfall in das Vermögen der GmbH wäre damit jeweils von einer außerhalb des Ausschlußverfahrens liegenden Voraussetzung abhängig. Allein dies spricht gegen einen automatischen Anfall. Die Ansicht des BGH findet im GmbH-Recht keine Stütze. Das GmbH-Gesetz hat den Anfall eines Geschäftsanteils zu Gunsten der Gesellschaft nur einmal vorgesehen. Hat ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung gestellt, weil er sich der unbeschränkten Nachschußpflicht entziehen will, fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft zu, wenn die Gesellschaft durch den Verkauf des Geschäftsanteils keine Befriedigung erlangen kann, § 27 Abs. III. Dieser Fall trifft jedoch auf den vorliegenden Sachverhalt nicht zu. Grundsätzlich bedarf der Übergang eines Geschäftsanteils in das Vermögen einer anderen Person eines Übertragungsaktes. Fiele der Anteil des bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafters der Gesellschaft zu, würde dem Ausgeschlossenen damit das in seiner Beteiligung

1) BGHZ 9, 157(178)

2) vgl. Hartmann in GmbH-Rdsch. 1962, 9; Ganßsmüller in GmbH-Rdsch 1956, 129 f und 1963, 66 f; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 15

3) Dieser Fall wird allgemein auch ausgeschlossen; vgl. Mezger in GmbH-Rdsch. 1963, 64 f. und 106 f; Ganßsmüller in GmbH-Rdsch. 1963, 67; Hartmann in GmbH-Rdsch. 1962, 9

steckende Kapital vorerst entzogen. Der Ausgeschlossene wäre darauf angewiesen, sich an der Gesellschaft schadlos zu halten. Das wäre für ihn mit dem Risiko verbunden, daß die Gesellschaft ihn unter Umständen nicht entschädigen kann, weil sie über keine Mittel verfügt, die ihr Stammkapital überschreiten. Die Ausschließung darf diese Gefahr dem Ausgeschlossenen nicht aufbürden. Zu Recht sagt der BGH an einer anderen Stelle seines Urteils vom 1. April 1953, die Ausschließung richtet sich gegen die Person des betroffenen Gesellschafters und befaßt sich als solche nicht mit dem Schicksal seines Geschäftsanteils.¹⁾ Das Ausschußurteil berührt den Geschäftsanteil als solchen nicht.²⁾ Folglich darf bei Wirksamwerden des Ausschlusses der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen nicht der Gesellschaft zufallen. Der vom BGH aufgestellte Satz mag für den Fall der bedingten Ausschließung gelten.³⁾ Er gilt nicht für den bedingungslosen Ausschluß.

Rudolf Fischer vertritt die Ansicht, daß mit dem Ausschluß des Gesellschafters aus der GmbH der Geschäftsanteil inhaberlos werde.⁴⁾ Die rechtliche Konstruktion eines inhaberlosen Geschäftsanteils ist dem GmbH-Recht nicht fremd. Man denke an die rechtlichen Folgen des Gesellschafterausschlusses im Kaduzierungsverfahren.⁵⁾ Mit der Ausschließung verliert der Kaduzierte seine Gesellschafterstellung, während der Geschäftsanteil als solcher erhalten bleibt, jedoch seinen "Rechtsträger verloren hat".⁶⁾ Der Geschäftsanteil steht in diesem Fall der Gesellschaft zur Verfügung, die ihn, wenn die Zahlung des

1) BGHZ 9, 157(164)

2) vgl. oben S. 22

3) hiergegen Mezger in GmbH-Rdsch. 1963, 64 f und 106 f

4) Rudolf Fischer in Ehrenbergs Hdb. Bd. III/1 S. 385 und in Jherings Jahrb. Bd. 63 S. 343

5) vgl. Schmidt in Hachenburg § 21 Anm. 26; F. Scholz: Komm. § 21 Anm. 23 und 24; Baumbach-Hueck § 21 Anm. 3.) D); Vogel § 21 Anm. 9; Feine S. 305 ff

6) RGZ 98, 278

rückständigen Betrages von den Vormännern nicht zu erlangen ist, veräußern kann. (§ 23).¹⁾

Der Ansicht Rudolf Fischers, daß mit Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen seinen Inhaber verliert, kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Wenn man vom Sinn und Zweck des Kaduzierungsverfahrens ausgeht, ergibt sich, daß man dieses zum Vergleich mit den Rechtsfolgen des Gesellschafterausschlusses auf den Geschäftsanteil - wie Fischer sie sieht - nicht heranziehen kann. Das Kaduzierungsverfahren droht dem Gesellschafter, der seine Stammeinlage ganz oder teilweise nicht einzahlt. Es bedeutet, daß der säumige Gesellschafter unter den Voraussetzungen des § 21 alle Gesellschafterrechte und alle schon auf den Geschäftsanteil erbrachten Leistungen zu Gunsten der Gesellschaft verliert. Unter den Voraussetzungen des § 23 kann dann die Gesellschaft den Geschäftsanteil verkaufen. Dabei ist jedoch der Erwerb durch die Gesellschaft selbst unzulässig, da die Stammeinlage auf den inhaberlosen Geschäftsanteil noch nicht vollständig eingezahlt worden ist (§ 33 Abs. I). Der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund erfolgt nicht, weil dieser mit der Einzahlung seiner Stammeinlage im Verzuge ist, sondern weil bei ihm ein Grund vorliegt, der die weitere Zusammenarbeit der Gesellschafter untereinander behindert oder gar unmöglich macht und somit den Bestand der Gesellschaft gefährdet. Der Ausschluß aus wichtigem Grund dient den Gesellschaftern, um weiterhin ungestört zusammenarbeiten zu können. Der Ausschluß im Rahmen des Kaduzierungsverfahrens dient dem Schutze der Gläubiger, da mit seiner Hilfe das Stammkapital aufgebracht werden soll. Die Ausschlußandrohung und der mögliche Verlust seiner Gesellschafterstellung soll den säumigen Gesellschafter abschrecken, weiterhin seine Einzahlungsverpflichtung zu verletzen. Wenn er trotz wiederholter Aufforderung seine Zahlung nicht leistet, kann sein Geschäftsanteil kaduziert werden.

1) ähnlich Mezger in GmbH-Rdsch. 1963, 66 f und 106 f für den Fall des bedingten Ausschlusses

Das Kaduzierungsverfahren hat insoweit strafartigen Charakter.¹⁾
Diese Bedeutung kommt dem Ausschluß aus wichtigem Grund nicht zu.²⁾
Der Ausschluß aus wichtigem Grund setzt ein Verschulden nicht notwendig voraus, da der wichtige Grund in einer völlig unverschuldeten Tatsache gefunden werden kann, wie unheilbare Krankheit oder Verlust der satzungsmäßigen Eigenschaften.³⁾ Zum Wesen jeder Strafmaßnahme gehört, daß sie sich bei entsprechender Verhaltensweise vermeiden läßt. Der säumige Gesellschafter kann dem Kaduzierungsverfahren dadurch entgehen, daß er rechtzeitig seine Stammeinlage einzahlt. Der lästige Gesellschafter kann jedoch seinen Ausschluß nicht immer verhindern. Würde er unter Verlust seines Geschäftsanteils aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so würde ihm das Risiko aufgebürdet, daß die Gesellschaft ihn nicht entschädigen kann.⁴⁾ Ein solcher Ausschluß hat strafartigen Charakter. Der Geschäftsanteil verkörpert einen Wert und vermittelt, wie die folgenden Untersuchungen zeigen werden, dem bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafter noch eine Rechtsstellung, die es ihm immer erlaubt, sich für seinen Ausschluß schadlos zu halten. Der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen muß daher vorerst im Besitz des Ausgeschlossenen verbleiben, wenn der Ausschluß bedingungslos ausgesprochen wird.⁵⁾

- d) Verbleibt der Geschäftsanteil dem Ausgeschlossenen, so stellt sich die Frage, welche Rechtsstellung dieser Geschäftsanteil seinem Inhaber vermittelt. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Ausschlußurteils wird das Gesellschafterverhältnis zwischen Gesellschaft und be-

1) vgl. BGHZ 9, 157 (167); F. Scholz: Monographie S. 27

2) BGHZ 9, 157 (167); sonst für alle Hueck in DB 1953, 777; Baumbach-Hueck: Einf. zu § 34 2.) C

3) vgl. RGZ 146, 169 (176) für die Ausschließung aus der OHG; F. Scholz: Monographie S. 28; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18

4) vgl. oben S. 24

5) andeutungsweise Hueck in DB 1953, 778; vgl. auch Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a

klagtem Gesellschafter vernichtet. Der ausgeschlossene Gesellschafter ist nicht mehr Mitglied der GmbH. Das Ausschlußurteil hat ihm jede Möglichkeit genommen, weiterhin die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen. Dieses Ergebnis läßt sich nur dadurch erzielen, daß das Ausschlußurteil dem lästigen Gesellschafter sämtliche Herrschaftsrechte entzieht. Nicht notwendig ist es, dem Ausgeschlossenen gleichzeitig die Vermögensrechte zu nehmen, weil er mit diesen Rechten die Gesellschaft nicht stören kann. Die Vermögensrechte aber, die der Ausgeschlossene jetzt noch auf Grund seines Geschäftsanteils für sich beanspruchen kann, können keine mitgliedschaftlichen Rechte mehr sein. Die Herrschaftsrechte sind so sehr Bestandteil der Mitgliedschaft, daß Mitgliedschaft ohne sie nicht denkbar ist. Möglich ist lediglich, das eine oder andere Herrschaftsrecht vertraglich auszuschließen oder zu beschränken, wie z. B. das Stimmrecht. Ein Geschäftsanteil ohne Stimmrecht ist rechtlich zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dieses vorsieht.¹⁾ Einem derartig ausgestalteten Geschäftsanteil fehlt damit zwar das wichtigste seiner Herrschaftsrechte, er unterscheidet sich jedoch von dem Geschäftsanteil des bedingungslos ausgeschlossenen Gesellschaftern entscheidend dadurch, daß er seinem Inhaber wenigstens die Berechtigung verleiht, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, dort zu sprechen, Auskunft zu verlangen und Minderheitsrechte geltend zu machen. Kann der Inhaber eines Geschäftsanteils keine Herrschaftsrechte mehr ausüben, kann von Mitgliedschaft nicht gesprochen werden. Das folgt allein aus der Struktur der GmbH als Körperschaft. Jede Körperschaft baut auf einer Anzahl von Personen auf. Der Zusammenschluß mehrerer Personen ist notwendige Voraussetzung, um eine Körperschaft ins Leben zu

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 47 Anm. 7a; F. Scholz: Komm. § 47 Anm. 11; Vogel § 47 Anm. 2; Baumbach-Hueck: Komm. § 47 1.) A); BGHZ 14, 264 (269); Heitzer in GmbH-Rdsch. 1952, 130; vgl. für das Aktienrecht §§ 115 - 117 AktG.; anders in der Schweiz, vgl. hierzu Janggen-Becker: Komm. zum OR Art. 808 Anm. V

rufen.¹⁾ Die Personen, die die Körperschaft ins Leben gerufen haben, geben ihr die innere Ordnung, ihre Struktur. Diese Personen werden Mitglieder, ihr Verhältnis zur Körperschaft Mitgliedschaft genannt. Schon eine rein sprachliche Betrachtung des Wortes "Mitglied" gibt näheren Aufschluß. Die Vorsilbe "Mit" weist darauf hin, daß zur Annahme einer Mitgliedschaft begriffsnotwendig eine Personenmehrheit gehört, daß noch andere Mitglieder vorhanden sein müssen. Andererseits verlangt das Wort "Glieder" nach einem übergeordneten Ganzen, einem Körper. Sind keine Mitglieder vorhanden, die die Körperschaft beherrschen können, muß die Körperschaft aufgelöst werden.²⁾ Kann eine Person keinen Einfluß auf die Geschicke der Körperschaft ausüben, muß dieser Person die Bezeichnung Mitglied versagt werden, da ihr das wesentliche Merkmal eines Mitglieds, die Mitbeherrschungsbefugnis fehlt. Die Mitgliedschaft läßt sich nicht teilen in Herrschafts- und Vermögensrechte. Sind dem Ausgeschlossenen sämtliche Herrschaftsrechte entzogen, kann der Geschäftsanteil dem Ausgeschlossenen auch keine, auf Vermögensrechte beschränkte Mitgliedschaft mehr vermitteln. Die Rechtsstellung, die der bedingungslos Ausgeschlossene nach Wirksamwerden des Ausschlusses einnimmt, läßt sich in gewissen Grenzen mit der Rechtslage vergleichen, die sich nach Erwerb eines eigenen Geschäftsanteils durch die Gesellschaft ergibt. Wie aus den späteren Ausführungen im 4. Kapitel im einzelnen folgt, kann die Gesellschaft in diesem Fall keine Herr-

1) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, welches System der Körperschaftsbildung vorherrscht, da die obigen Erörterungen alle Systeme betreffen. Vgl. hier: Enneccerus-Nipperdey 1. Halbband S. 637 ff; Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht S. 24 f

2) Eine Körperschaft ohne Mitglieder ist nur vorübergehend denkbar, vgl. oben S. 14, vgl. auch für das Aktienrecht v. Godin-Wilhelmi: Komm. zum AktG. § 203 Anm. 7; in mehreren Staaten, die die Einmanngesellschaft nicht anerkennen, erfolgt die Auflösung schon, wenn die Mitgliederzahl unter zwei sinkt; vgl. hier Art. 775 Schw. OR und Art. 5 des frz. GmbH-Gesetzes; vgl. auch § 73 BGB

schaftsrechte für sich aus ihrem eigenen Geschäftsanteil ableiten. Es ist ihr ebenfalls versagt, Vermögensrechte für sich geltend zu machen. Auf der anderen Seite stellt der eigene Geschäftsanteil für sie einen Wert dar, der als selbständiges Recht in ihrer Bilanz seinen Ausdruck finden muß.¹⁾ Der ausgeschlossene Gesellschafter ist Inhaber eines Geschäftsanteils, der, wie bei der einen eigenen Anteil besitzenden Gesellschaft, auf seinen objektiven Bestand beschränkt ist. Im Gegensatz zum gesellschaftseigenen Anteil hat der Ausgeschlossene gemäß seiner Beteiligung Anspruch auf den ausgeschütteten Gewinn, da er weiterhin Inhaber dieses Vermögensrechtes ist. Das Ausschußurteil hat ihm die Vermögensrechte nicht entzogen. Er kann daher auch den Abwicklungserlös für sich beanspruchen, was der Gesellschaft versagt ist.

Soweit der ausgeschlossene Gesellschafter über Vermögensrechte verfügt, ähnelt seine Rechtsstellung der eines Genußscheinsinhabers. Das Rechtsinstitut des Genußscheines ist weder im Aktienrecht noch im GmbH-Gesetz vorgesehen, sondern ist durch den Verkehr entwickelt worden. Fest steht heute allgemein, daß der Genußschein keine Mitgliedschaftsrechte verbrieft.²⁾ Das bedeutet, daß der Genußschein seinem Inhaber niemals irgendwelche Herrschaftsrechte einräumt. Aufgabe des Genußscheins ist vielmehr, einen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der Gesellschaft zu verbrieften. Wie der ausgeschlossene Gesellschafter kann der Genußscheinsinhaber dieses Recht auf Gewinn einklagen, wenn die Gesellschafterversammlung den entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluß gefaßt hat.³⁾ Voraussetzung für

1) vgl. unten S. 69

2) Baumbach-Hueck: Komm. zum GmbHG. § 29 5.); F. Scholz: Komm. § 14 Anm. 20; Vogel § 29 Anm. 3; Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 19 ff; für das Aktienrecht vgl. v. Godin-Wilhelmi: Komm. zum AktG. § 8 Anm. 11; steuerrechtlich gelten Genußrechte teilweise als Gesellschafterrechte, vgl. § 6 Abs. I Nr. 2 KVStG, § 7 KStG

3) Vogel § 29 Anm. 3

die Geltendmachung von Gewinnansprüchen auf Grund von Genußscheinen ist nur, daß die Satzung der Gesellschaft die Aufstellung von Genußscheinen vorsieht.¹⁾ Verbrieft der Genußschein zusätzlich einen anteilmäßigen Anspruch auf den Abwicklungserlös, was rechtlich zulässig ist,²⁾ ist die Rechtsstellung des bedingungslos ausgeschlossenen Gesellschafters der eines Genußscheinsinhabers wirtschaftlich fast gleichwertig. In beiden Fällen nehmen Genußscheinsinhaber und ausgeschlossener Gesellschafter neben den Gesellschaftern der GmbH gleichberechtigt an der Gewinnausschüttung und - im Falle der Liquidation - an der Ausschüttung des Abwicklungserlöses teil.³⁾ Der Unterschied zwischen Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gesellschafters und der eines Genußscheinsberechtigten besteht darin, daß letzterem zum Teil Rechte eingeräumt sind, wie z. B. Teilnahmebefugnis an der Gesellschafterversammlung,³⁾ die der Ausgeschlossene verloren hat. Ein weiterer Unterschied zeigt sich dadurch, daß der Anteil des Ausgeschlossenen gleichzeitig eine Mitgliedschaftsstelle verkörpert, während der Genußschein ein Recht beurkundet, dessen Sinn nicht darin besteht, eine Strukturvoraussetzung einer Körperschaft zu sein. Dieser Unterschied ist allerdings wesentlich. Der Ausgeschlossene kann, wie später ausgeführt wird, seinen Anteil veräußern. Der Erwerber dieses Anteils wird neues Mitglied bei der GmbH,⁴⁾ da gegen ihn kein Ausschlußurteil vorliegt. Der Erwerber eines Genußscheins erlangt nur die Rechte seines Vorgängers. Die Tatsache, daß der ausgeschlossene Gesellschafter dem Erwerber seines Anteils die Mitgliedschaft bei der GmbH verschaffen kann, unterscheidet seine Rechtsstellung von der eines Genußscheinsberechtigten dem Wesen nach. Die Rechtsstellung, die der Ausge-

1) vgl. Anm. 2) S. 29

2) Vgl. Scholz: Komm. § 14 Anm. 20; Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 20

3) vgl. v. Godin-Wilhelmi: Komm. zum AktG. § 8 Anm. 11

4) Ausnahme, wenn die Gesellschaft diesen Anteil für sich erwirbt.

schlossene nach Wirksamwerden des Ausschlusses einnimmt, ist daher eine Rechtsstellung, ein Rechtszustand eigener Art, der im Gesetz nicht geregelt ist. Daß diese Rechtsstellung sich deswegen mit dem geltenden Recht nicht vereinbaren läßt, wird allein durch das Vorhandensein des Rechtsinstitutes "Genußschein" widerlegt, das ebenfalls gesetzlich nicht bestimmt ist.¹⁾ Die eigenartige Rechtsstellung des Ausgeschlossenen ist Folge des bedingungslosen Gesellschafterausschlusses.

Der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen vermittelt diesem nunmehr nur noch die Rechte, die ihm, als er noch Gesellschafter der GmbH war, als vermögensrechtliche Mitgliedschaftsrechte zustanden.²⁾ Ein Geschäftsanteil, der nur solche Rechte vermittelt, verdient nicht die Bezeichnung "Geschäftsanteil", da er die Aufgabe, Mitgliedschaft zu vermitteln, auf Grund des Gestaltungsurteils nicht mehr in der Person des Ausgeschlossenen wahrnehmen kann. Ein derartiger Geschäftsanteil ist ein Recht eigener Art. Um die Funktionen zu charakterisieren, die der Geschäftsanteil eines bedingungslos ausgeschlossenen Gesellschafters zu erfüllen hat, soll in den folgenden Ausführungen von Kapitalanteil gesprochen werden. Diese Bezeichnung läßt nicht nur erkennen, daß der Anteil des Ausgeschlossenen eine Mitgliedschaftsstelle verkörpert, sondern drückt auch treffender die Beziehungen aus, die zwischen Gesellschaft und ausgeschlossenen Gesellschafter vermögensrechtlich noch bestehen und die auf dem Besitz des Anteils beruhen. Der Geschäftsanteil des beklagten Gesellschafters verdient daher die Bezeichnung Kapitalanteil, wenn sein Ausschluß mit Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam wird.

1) § 174 Abs. III AktG spricht lediglich von der Gewährung von Genußrechten, enthält jedoch keine Begriffsbestimmung, vgl. von Godin-Wilhelmit § 174 Anm. 4

2) vgl. andeutungsweise Hueck in DB 1953, 778; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a

2. Kapitel

Die Veräußerung des Geschäftsanteils

- I. Als eine von mehreren Lösungen des Verwertungsproblems bietet sich zunächst die Veräußerung des Geschäftsanteils des auszuschließenden Gesellschafters an. Die dabei auftretende Frage, ob die Veräußerung freiwillig oder zwangsweise erfolgt, soll im zweiten Abschnitt dieses Kapitels behandelt werden.
- 1) Sinn und Zweck der Veräußerung eines Geschäftsanteils eines auszuschließenden Gesellschafters ist die Übertragung seines Geschäftsanteils auf eine oder mehrere erwerbswillige Personen, um dadurch den endgültigen Ausschluß des lästigen Gesellschafters herbeizuführen. Bevor jedoch untersucht wird, was von dem Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters übertragen wird und wie diese Übertragung erfolgt, ist es unumgänglich, sich die Vorgänge einer gewöhnlichen Übertragung eines Geschäftsanteils zu vergegenwärtigen. Nur eine Erkenntnis der Bedeutung und Wirkung einer gewöhnlichen Veräußerung ermöglicht, den Vorgang der Veräußerung eines Geschäftsanteils eines auszuschließenden Gesellschafters näher zu bestimmen.
- a) Veräußert ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil formgerecht an irgendeine Person, um seine Beteiligung zu verwerten, so bedeutet das für die in jedem Geschäftsanteil steckenden Vermögenswerte, daß der Erwerber mit der Annahme des auf Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils gerichteten Vertragsangebots Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung wird (§§ 151, 398, 413 BGB).¹⁾ Ob die vermögensrechtliche Beteiligung als Bestandteil der Mitgliedschaft bei der GmbH oder losgelöst von der Mitgliedschaft getrennt erworben wird, soll erst im Zusammenhang mit dem Übergang der personenrechtlichen Seite der Gesellschafterstellung erörtert werden, da die sich in dieser Frage

1) vgl. F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 57; Müller-Erzbach: Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 326

entgegenstehenden Lehrmeinungen hinsichtlich des Übergangs der vermögensrechtlichen Beteiligung übereinstimmen.

Eine formgültige Abtretung des Geschäftsanteils heilt den Formmangel des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrages (§ 15 Abs. IV S. 2) und erfüllt gleichzeitig die Verpflichtung zur Abtretung. Die Wirkung der Abtretung zeigt sich besonders darin, daß auch ohne erfolgte Anmeldung (§ 16) der Veräußerer nun nichtmehr an einen Dritten wirksam abtreten kann, da er nicht mehr Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung ist. Auch Dritten gegenüber ohne Rücksicht auf § 16 gilt der Erwerber als Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung.¹⁾ Daher kann jetzt nur noch der Erwerber seine Beteiligung verpfänden und nur dessen Gläubiger sie pfänden. Gerät der Erwerber in Konkurs, so gehört die vermögensrechtliche Beteiligung zur Konkursmasse und der Konkursverwalter kann sie veräußern.²⁾

- b) Der Geschäftsanteil verkörpert aber nicht nur die vermögensrechtliche Beteiligung, sondern der Geschäftsanteil vermittelt gleichzeitig die personenrechtliche Seite der Gesellschafterstellung, die den eigentlichen Kern der Mitgliedschaft bei der GmbH ausmacht. Veräußert daher ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil, so bedeutet das grundsätzlich für die durch jeden Geschäftsanteil vermittelte personenrechtliche Stellung des Gesellschafters, daß der Veräußerer als Mitglied aus der GmbH ausscheidet und der Erwerber als neues Mitglied in die GmbH eintritt.³⁾ Der Zeitpunkt und die Voraussetzungen im einzelnen, unter denen der Erwerber des Geschäftsanteils in die personenrechtliche Gesellschafterstellung des Veräußerers nachfolgt, sind jedoch bestritten. Nach der herrschenden Lehre bedeutet die formgerechte Veräußerung

1) h. M. für alle: F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 57

2) vgl. Feine S. 372; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 57

3) vgl. RGZ 127, 240 f; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 5 ff; der Fall, daß der Veräußerer einen Teil seines Geschäftsanteils an A, den restlichen Teil an B veräußert, ist vorbehaltlich der Voraussetzungen des § 17 nicht anders zu entscheiden.

nicht nur, daß der Erwerber des veräußerten Geschäftsanteils Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung wird, sondern daß er die Gesellschafterstellung als Ganzes, sowohl im Hinblick auf die Herrschaftsrechte als auch in Bezug auf die Vermögensrechte, erwirbt.¹⁾ Die nach § 16 erforderliche Anmeldung bei der Gesellschaft unter Nachweis der formgerechten Veräußerung soll für den Übergang der personenrechtlichen Seite der Gesellschafterstellung ohne größere Bedeutung sein. Der Anmeldung wird nur Legitimationswirkung zugeschrieben.²⁾ Daran hindert nicht, daß der Erwerber des Geschäftsanteils erst nach der Anmeldung bei der Gesellschaft sämtliche Gesellschafterrechte ausüben darf und kann, denn, so argumentiert die h. L., § 16 sei nur eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Gesellschaft.³⁾ Aus Gründen der Rechtssicherheit im Verkehr mit der Gesellschaft sei es erforderlich, einen bestimmten Zeitpunkt festzusetzen, von dem an der Erwerber des veräußerten Geschäftsanteils seine sämtlichen Gesellschafterrechte ausüben könne.

Nach der Ansicht von Feine,⁴⁾ Ruth⁵⁾ und Schilling⁶⁾ bedeutet die form-

-
- 1) vgl. F. Scholz: Komm. § 16 Anm. 1; Eberh. Scholz: Bonner Diss. S. 32 ff; Vogel § 16 Anm. 1; Baumbach-Hueck: § 16 Anm. 1.) A; Brodmann § 16 Anm. 4; RGZ 127, 240 f
 - 2) vgl. BGH in NJW 1960, 628; F. Scholz § 16 Anm. 1; ders. in GmbH-Rdsch. 1927, 43 ff; Vogel § 16 Anm. 8; Baumbach-Hueck § 16 Anm. 3.) A u. B; Brodmann § 16 Anm. 1; E. Scholz: Bonner Diss. S. 33; auf die Rechtsnatur der Anmeldung ansonst soll hier nicht weiter eingegangen werden, da es hierauf nicht entscheidend ankommt, vgl. hierzu E. Scholz: Bonner Diss.; Brodmann § 16 Anm. 3; Vogel § 16 Anm. 3; Schilling in Hachenburg § 16 Anm. 4a; F. Scholz: Komm. § 16 Anm. 10
 - 3) vgl. F. Scholz: Komm. § 16 Anm. 4, Brodmann § 16 Anm. 1; vgl. auch § 78 des österr. GmbHG., differenziert Art. 23 Abs. II des frz. GmbHG.
 - 4) Feine S. 370 ff (378)
 - 5) Ruth in ZHR 88 (1926), 487 ff
 - 6) Schilling in Hachenburg § 16 Einl. und § 15 Anm. 66 ff; dagegen Fischer in JZ 1956, 363 und in Gadow-Weipert: Groß-Komm. zum AktG. § 26 Anm. 15

gerechte Veräußerung des Geschäftsanteils, daß der Erwerber nur Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung wird. Die eigentliche Gesellschafterstellung, die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft erlangt der Erwerber dagegen erst mit der Anmeldung bei der Gesellschaft.¹⁾ Das Veräußerungsgeschäft bilde lediglich die individualrechtliche Grundlage und damit eine Voraussetzung für den Erwerb der vollen Mitgliedschaft.²⁾ Nur derjenige sei berechtigt, volles Mitglied der Gesellschaft zu werden, der vorher eine vermögensrechtliche Beteiligung erworben hat.

Die Ansicht von Feine, Ruth und Schilling beruht im wesentlichen auf einer hauptsächlich von Otto v. Gierke entwickelten Lehre, die im Recht der Körperschaften Individualrecht von Sozialrecht unterscheidet. Dem Individualrecht unterwirft v. Gierke die Rechte der verbandsfreien Sphäre. In dieser Sphäre stehen sich Körperschaft und Mitglieder als selbständige Träger von Rechten ebenbürtig gegenüber. Der Verband ist wie seine Mitglieder selbständiges Subjekt. Kein Subjekt darf in die Rechtssphäre des anderen eingreifen.³⁾ - Zu den Sozialrechten rechnet v. Gierke die Rechtsbeziehungen, welche für den Zusammenhang des gesellschaftlichen Körpers bedingend und bestimmend sind. Dem Sozialrecht gehören die Rechte an, die einem Mitglied irgendeine Macht über die Körperschaft oder umgekehrt der Körperschaft

-
- 1) so grundsätzlich die weit überwiegende schw. Lehre, die in der Sache hauptsächlich auf der von Otto v. Gierke entwickelten Körperschaftslehre fußt; vgl. hierzu Janggen-Becker zu Art. 791 OR II Anm. 3) u. 5); E. Widmer: Die Abtretung von Geschäftsanteilen im schw. Recht S. 53; Eugen Huber in der Zeitschrift für schw. Recht 1921, 5 ff; Forrer; Die Mitgliedschaft und die Beurkundung; vgl. auch im frz. Recht Art. 23 des frz. GmbHG. i. V. m. Art. 1690 Cc.
 - 2) vgl. Feine S. 378; nicht zu beanstanden ist, wenn ein Dritter, so auch der Veräußerer, im Auftrag des Erwerbers oder mit seinem Willen die Anmeldung vornimmt.
 - 3) vgl. Otto v. Gierke; Genossenschaftstheorie S. 174 ff (176 ff); zur Unterscheidung Individualrecht - Sozialrecht vgl. auch Klausing S. 109 f mit weiteren Literaturnachweisen

irgendeine Macht über ein Mitglied einräumen. Im Sozialrecht stehen sich Körperschaft und Mitglieder nicht getrennt gegenüber, sondern bilden eine gemeinheitliche Sphäre. Alle Rechte, die dieser Sphäre zugehören, unterliegen wegen der sozialrechtlichen Ordnung jeder Gemeinschaft anderen Regeln als die Rechte der Individual-sphäre.¹⁾

Ausgehend von dieser Grundlage, lehren Feine, Ruth und Schilling, nur wenig voneinander abweichend, daß die Mitgliedschaft bei der GmbH durch einen besonderen sozialrechtlichen Akt begründet wird. Nach ihrer Ansicht bedarf die Begründung der Mitgliedschaft bei einer körperschaftlich organisierten Personenvereinigung grundsätzlich zweier Voraussetzungen: Eine Erklärung des Beitrittslustigen, die seinen Willen zum Ausdruck bringt, in den Verband einzutreten und die Aufnahmeerklärung des Verbandes. Ohne den übereinstimmenden Willen der beiden Beteiligten könne ein Mitgliedschaftsverhältnis nicht begründet werden, denn der Beitritt bedeute für den Eintretenden eine Einschränkung der Individualsphäre, eine körperschaftliche Unterordnung, während er auf der anderen Seite eine Veränderung des sich erweiternden Organismus der Körperschaft bedinge.²⁾ Durch die Wahl ihrer Gesellschaftsform habe die GmbH freiwillig von vorneherein auf

1) vgl. Otto v. Gierke: Genossenschaftstheorie S. 174 ff (181 ff); Deutsches Privatrecht Bd. I S. 262; v. Gierke unterscheidet weiterhin noch eine dritte Gruppe von Rechten, die im Verhältnis Körperschaft - Mitglied gegeben sein können. Das Wesen dieser Rechte besteht darin, Individualrecht und Sozialrecht zu einem neuen Gebilde zu verflechten, s. Genossenschaftstheorie S. 188 ff

2) Ruth in ZHR 88 (1926), 461 ff (466); andeutungsweise, wenn auch in anderem Zusammenhang Feine S. 169; es soll hier nicht weiter auf den Theorienstreit eingegangen werden, ob sich die Begründung des Mitgliedschaftsverhältnisses als Vertrag oder als Gesamtwillensakt darstellt. Es kommt hierauf in diesem Zusammenhang nicht an, vgl. hierüber die Darstellung bei Müller-Erbach: Das Recht der Mitgliedschaft S. 181 ff mit dortigen weiteren Literaturnachweisen; ebenfalls Goré in Dalloz: Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés, Tome III, Société Anonyme, 1958, Société Anonyme Nr. 49 ff

ihre jeweilige Mitwirkung verzichtet.¹⁾ Dies bedeute nicht, daß auch der jeweils beteiligte Gesellschafter als Mitglied der GmbH nicht mitwirken müsse. Die Mitwirkung des Mitgliedes bei der GmbH liege in der Anmeldung nach § 16. Durch die Anmeldung erkläre der Erwerber des Geschäftsanteils seinen Beitritt. Nach erfolgter Anmeldung sei der Erwerber dann volles Mitglied. Die von der h. L. vertretene Auffassung, der Erwerber des Geschäftsanteils sei vor der Anmeldung bereits Gesellschafter im Verhältnis zu Dritten und zum Veräußerer, sei unhaltbar. Es habe keinen Sinn, von Mitgliedschaft zu sprechen, die vorhanden sein soll, deren Geltendmachung aber von einer Anmeldung abhängt, die nur Legitimation zum Zwecke der Ausübung bedeute, solange mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten schlechterdings fehlen.²⁾

2) Die obige Darstellung hat gezeigt, daß die h. L. und eine Mindermeinung den Übergang der Gesellschafterstellung im Wege der Veräußerung verschieden beurteilen. Diese verschiedene Beurteilung führt, wie später im einzelnen dargelegt wird, dann zu Schwierigkeiten, wenn der Kapitalanteil eines aus wichtigem Grund bereits wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafters veräußert wird.

- a) Veräußert ein aus wichtigem Grund aus der GmbH ausgeschlossener Gesellschafter seinen Geschäftsanteil unter Wahrung der gehörigen Form an eine dritte Person, so wird diese mit der Annahme des auf Abtretung dieses Geschäftsanteils gerichteten Vertragsangebots Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung und der aus dieser fließenden Rechte. Diese Rechtsfolge tritt nicht nur in dem Fall ein, in welchem der Ausschluß des Gesellschafters erst wirksam wird, wenn der Ausgeschlossene den im Urteil festgesetzten Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält, sondern auch dann, wenn der bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter den ihm verbliebenen Kapitalanteil veräußert. Der jeweilige Erwerber wird sowohl nach der h. L. als

1) Ruth in ZHR 88 (1926), 533

2) Feine S.372

auch nach der Ansicht von Feine, Ruth und Schilling Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung. Die h. L. läßt die vermögensrechtliche Beteiligung als Bestandteil der Mitgliedschaft übergehen, während nach der Ansicht von Feine, Ruth und Schilling die vermögensrechtliche Beteiligung losgelöst von der eigentlichen Mitgliedschaft auf den Erwerber übergeht.

- b) Veräußert ein Gesellschafter, der erst wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist, wenn er den im Urteil festgesetzten Gegenwert für seinen Geschäftsanteil innerhalb der bestimmten Frist erhalten hat,¹⁾ seinen Geschäftsanteil, so kann der Erwerber des Geschäftsanteils bedenkenlos Mitglied der GmbH werden, da er an Stelle des Ausscheidenden in das zur Zeit der Veräußerung noch bestehende Mitgliedschaftsverhältnis eintritt. Die unterschiedliche Auffassung von h. L. auf der einen und Feine, Ruth und Schilling auf der anderen Seite wirkt sich in diesem Fall praktisch nicht aus, da sowohl nach der h. L. als auch nach der Meinung von Feine, Ruth und Schilling die Anmeldung nach § 16 Voraussetzung ist, um gegenüber der Gesellschaft irgendwelche Gesellschafterrechte geltend machen zu können.

Die unterschiedliche Behandlung des Übergangs der Mitgliedschaft bereitet jedoch Schwierigkeiten für den Fall, daß der lästige Gesellschafter bereits rechtskräftig und wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde,²⁾ seinen auf einen bloßen Kapitalanteil verkümmerten Geschäftsanteil hingegen noch besitzt und nunmehr diesen veräußern will. In diesem Falle könnte man daran denken, daß der Erwerber der vermögensrechtlichen Beteiligung die eigentliche Gesellschafterstellung gleichzeitig mit der Abtretung des Kapitalanteils nicht erwirbt, da der rechtskräftig wirksam ausgeschlossene Gesellschafter nur seinen Kapitalanteil abtritt und nur ihn abtreten kann. Die eigentliche Gesellschafterstellung kann er nicht mehr abtreten, da er als Mitglied rechts-

1) Fall in BGHZ 9, 157

2) Fall in BGHZ 16, 317

kräftig und wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist.¹⁾

Folgt man indes der Ansicht von Feine, Ruth und Schilling, so wäre der Erwerber der vermögensrechtlichen Beteiligung berechtigt, sich bei der Gesellschaft als Gesellschafter anzumelden. Der Begründung der vollen Gesellschafterstellung steht nichts im Wege, da nach dieser Ansicht der Erwerb der vermögensrechtlichen Beteiligung nur die individualrechtliche Grundlage und somit nur eine Voraussetzung für den Erwerb der vollen Mitgliedschaft bildet.

- c) Es fragt sich an dieser Stelle, ob man sich für die eine oder andere Meinung entscheiden muß oder, ob es hierauf nicht ankommt, weil aus übergeordneten Gesichtspunkten dem bedingungslos ausgeschlossenen Gesellschafter gestattet sein muß, seinen Kapitalanteil zu veräußern. Zwar geht die Rechtsordnung grundsätzlich davon aus, daß nur der Inhaber eines Rechts dieses Recht veräußern kann,²⁾ sie kennt jedoch auch Fälle, die den wirksamen Erwerb von einem Nichtberechtigten vorsehen. Auf der Grundlage des Rechtsscheins mit den Voraussetzungen von Besitz und Gutgläubigkeit kann ein Dritter vom nichtberechtigten Veräußerer Eigentum erwerben (§§ 932 ff BGB), es sei denn, die veräußerte Sache war abhanden gekommen (§ 935 BGB).³⁾ Obwohl es im Schuldrecht keinen Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Forderung oder sonst nach § 413 BGB abtretbaren Rechtes gibt, findet auch hier ein beschränkter Schutz des gutgläubigen Erwerbers statt. Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld (einen Schuldschein) ausgestellt und die Forderung bzw. das Recht unter Vorlage dieser Urkunde abgetreten, kann der Schuldner

1) vgl. BGHZ 9, 157 (171): "Der durch Urteil Ausgeschlossene kann keine Übertragung des Geschäftsanteils mehr vornehmen". Der BGH geht allerdings, wie die späteren Ausführungen seines Urteils zeigen, davon aus, daß nach wirksamem Ausschuß der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen der Gesellschaft anfällt und deshalb durch den Ausgeschlossenen nicht mehr abgetreten werden kann.

2) vgl. für die GmbH Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 70

3) Westermann: Sachenrecht S.220 ff

dem Gläubiger nicht den Einwand des Scheingeschäfts und der vereinbarten Unabtretbarkeit entgegenhalten, § 405 BGB.¹⁾ Da die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils unter § 413 BGB fällt,²⁾ könnte man daher an den Schutz denken, den § 405 BGB grundsätzlich auch für die Abtretungen nach § 413 BGB bietet.³⁾ § 405 BGB gilt zwar für alle Rechte, die nach § 413 BGB abtretbar sind, jedoch nur soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt.⁴⁾ Hier aber folgt aus dem Recht der GmbH, daß § 405 BGB im Hinblick auf den Einwand des Scheingeschäfts nicht angewandt werden kann.⁵⁾ Ein Geschäftsanteil kann nur durch Gründung oder Kapitalerhöhung entstehen, nicht aber durch Ausstellung eines Anteilscheines auf dem Umwege über § 405 BGB. Eine mögliche Anwendung des § 405 BGB bleibt somit auf den Einwand der vereinbarten Unabtretbarkeit beschränkt. Damit hat § 405 BGB kaum praktische Bedeutung. Gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils ist jedoch in einem Fall unbeschränkt möglich. Erwirbt nämlich jemand gutgläubig durch Rechtsgeschäft von einem vermeintlichen Erben einen Geschäftsanteil, der zum Nachlaß gehört, so wird der Erwerber gemäß § 2366 BGB voller Erwerber des Geschäftsanteils, wenn der vermeintliche Erbe sich bei der Veräußerung durch einen Erbschein ausgewiesen hat.⁶⁾ Dieses Beispiel zeigt zumindest, daß dogmatische Bedenken gegen den Erwerb eines Geschäftsanteils von einem Nichtberechtigten nicht bestehen. Die Rechtsordnung kennt durchaus Inter-

1) vgl. Larenz: Schuldrecht, Bd. I S. 336 f

2) Erman: Komm. zum BGB § 413 I.; Soergel-Siebert: Komm. zum BGB § 413 Anm. II

3) F.Scholz: Komm. § 15 Anm. 57 lehnt dies ohne jede Begründung ab

4) Erman: Komm. zum BGB § 413 I.; Soergel-Siebert: Komm. zum BGB § 413 Anm. 1

5) vgl. Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 71

6) vgl. Erman: Komm. zum BGB § 2366 2.; Staudinger: Komm. zum BGB § 2366 Anm. 12; Soergel-Siebert: Komm. zum BGB § 2366 Anm. 1

essenlagen, in denen sie von dem Grundsatz, daß nur der Inhaber eines Rechts dieses veräußern kann, abweicht, weil sie, sei es aus Gründen der Rechtssicherheit, sei es aus politischen Einsichten oder sonstigen Erwägungen eine abweichende Regelung für erstrebenswerter hält.

Die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn der bereits rechtskräftig und wirksam ausgeschlossene Gesellschafter seinen Kapitalanteil veräußert, beruhen auf dem Umstand, daß dieser, vom Gesetz nicht vorgesehene Fall mit den herkömmlichen Regeln nicht gelöst werden kann. Die deduktive Methode der Gesetzanwendung versagt, wenn - wie hier - eine Lücke im Gesetz vorliegt.

Der Gesetzgeber hat bei der Abfassung des GmbH-Gesetzes das Rechtsinstitut des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund nicht in das Gesetz aufgenommen. Er hat daher auch weder die Folgen des bedingten, noch die des bedingungslosen Ausschlusses geregelt. Das Schweigen des Gesetzgebers bedeutet nicht immer, daß der Gesetzgeber eine Regelung vergessen hat. Es gibt auch ein "beredtes Schweigen".¹⁾ In diesem Fall hat der Gesetzgeber an die fehlende Regelung gedacht, hat es jedoch aus irgendwelchen Gründen vorgezogen, sie nicht ins Gesetz aufzunehmen, sie also durch Schweigen zu regeln. Da das GmbH-Gesetz bestimmte Regelungen für das Ausscheiden eines Gesellschafters getroffen hat, glaubten Rechtslehre und Rechtssprechung früher, den Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund nicht zulassen zu dürfen.²⁾ Das Fehlen einer entsprechenden Regelung wurde jedoch bald allgemein als Lücke empfunden, so daß Rechtslehre und Rechtssprechung sich entschlossen, diese Lücke durch Fortbildung des GmbH-Rechts auszufüllen.³⁾ Dieses Unternehmen war kein Vorgang freier Rechtschöpfung. Das Rechtsinstitut des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund wurde vielmehr im Rahmen der Wertmaßstäbe entwickelt, die das

1) Larenz: Methodenlehre S. 279

2) vgl. Scholz S. 13 ff; derselbe Komm. § 15 Anm. 65

3) vgl. oben S. 3 f

GmbH-Gesetz selbst zugrunde legte.¹⁾

Das Rechtsinstitut des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund wurde jedoch nicht vollkommen ausgestaltet. Die Folgen des bedingungslosen Gesellschafterausschlusses waren nicht allseitig bedacht worden. Gesehen wurden lediglich die Nachteile, die sich für den ausgeschlossenen Gesellschafter selbst ergaben,²⁾ nicht hingegen, daß der bedingungslose Ausschluß ein neues Recht eigener Art, einen Kapitalanteil schuf. Nicht bedacht wurde ferner das Problem, ob der bedingungslos ausgeschlossene GmbH-Gesellschafter seinen Kapitalanteil so veräußern kann, daß sein Erwerber Mitglied der GmbH wird. Das Rechtsinstitut des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bedarf daher weiterer Ausgestaltung.

Es wird allgemein anerkannt, daß die Rechtsprechung mit Hilfe der herkömmlichen Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung auch im Wege der Fortentwicklung des Rechts urteilen kann.³⁾ Die Fortentwicklung des Rechts bedarf einer besonderen Rechtfertigung.⁴⁾ Auch im Falle der weiteren Ausgestaltung eines Rechtsinstituts darf die gesuchte Regelung, rechtfertigt sie der Gesichtspunkt eines unabweisbaren Bedürfnisses des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder ein besonderes rechtsethisches Prinzip, nur soweit von den gesetzlichen Wertungen abrücken, wie es die genannten Gestaltungsmomente erfordern.⁵⁾

Die Rechtslage, die sich ergibt, wenn ein lästiger Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Folgen hinsichtlich seines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, befriedigt in mehrfacher Weise nicht. Der Gesellschaft ist mit einem solchen Ka-

1) vgl. BGHZ 9, 157(159 ff); Scholz S. 22 ff

2) vgl. unten S. 53

3) vgl. BGHZ 3, 308 (315); 4, 153 (158); Staudinger: Allgem. Teil Einl. Anm. 72 ff; Enneccerus-Nipperdey, S. 336 ff; Schoen: Bonner Diss. S. 58 f

4) vgl. Larenz: Methodenlehre S. 304

5) vgl. Larenz: Methodenlehre S. 303 ff

pitalanteil, abgesehen von dem Vorteil, daß sie den Gegenwert für den Kapitalanteil vorerst nicht dem Gesellschaftsvermögen entnehmen muß, nicht gedient. Der Kapitalanteil hält eine Mitgliedschaftsstelle frei und sperrt diese vielleicht für einen dringend benötigten Mitarbeiter, der als Gesellschafter in die GmbH aufgenommen werden soll. Auf der anderen Seite bietet der Kapitalanteil dem wirksam ausgeschlossenen Gesellschafter nur solche Rechte, die ihrem Wesen nach zwar Forderungsrechte sind, jedoch mit der Gläubigerstellung einer sonst an einer Körperschaft beteiligten Person kaum zu vergleichen sind. So kann der ausgeschlossene Gesellschafter an der Gesellschafterversammlung nicht teilnehmen, weil ihm dieses Recht entzogen worden ist. Jede Einflußnahme auf die Verteilung des Jahresgewinns ist ihm genommen. Es hängt vom Willen seiner bisherigen Mitgesellschafter ab, ob überhaupt ein Gewinn verteilt wird. Die Rechtsposition, die sich für den wirksam ausgeschlossenen Gesellschafter ergibt, befriedigt diesen nur selten. Aber auch rechtlich ist diese Rechtslage unerfreulich. Eine Kapitalbeteiligung, die weder Mitgliedschafts- noch volle Gläubigerrechte vermittelt, sondern nur solche Vermögensrechte gewährt, die vor der Ausschließung die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft ausfüllten, ist ihrer Natur nach dem Wesen der Körperschaft fremd. Die Struktur der GmbH als Kapitalgesellschaft fordert, daß die für ihre Körperschaft geschaffene Mitgliedschaftsstelle, die bei der GmbH durch den Geschäftsanteil verkörpert wird, auch besetzt wird. Dies ergibt sich bei der GmbH unmittelbar aus dem Gesetz. Tritt ein Gesellschafter aus der GmbH aus, so wird diese Mitgliederstelle entweder durch ein neues Mitglied besetzt, das dem Ausscheidenden in dessen aufgegebenen Mitgliedschaftsstelle nachfolgt oder die Mitgliedschaftsstelle wird durch Einziehung vernichtet (§ 34). Nur eine Ausnahme durchbricht diesen Grundsatz. Wird ein Geschäftsanteil kaduziert, so scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, während der Geschäftsanteil als solcher und mit ihm die Mitgliedschaftsstelle inhaberlos erhalten bleibt.¹⁾

1) vgl. oben S. 15 und S. 24

Aber diese Trennung der Mitgliedschaft von der Mitgliedschaftsstelle ist nicht für immer gedacht. Dem Kaduzieren wird der Geschäftsanteil nur genommen, um ihn alsbald einem kapitalkräftigeren Dritten anzubieten, der die fehlenden Beträge auf die Stammeinlage einbringen kann und der an Stelle des kaduzierten Gesellschafters in die Gesellschaft eintritt. Die Trennung von Mitgliedschaftsstelle und Mitgliedschaft ist daher nur vorübergehend.

Soll der Kapitalanteil des bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafters veräußert werden, bietet sich die Gelegenheit, die Mitgliedschaftsstelle neu zu besetzen und gleichzeitig dem Ausgeschlossenen den Gegenwert seines Kapitalanteils zu verschaffen. Auf diesen Gegenwert hat er einen Anspruch, denn eine Strafmaßnahme darf der Ausschluß aus wichtigem Grund nicht sein.¹⁾ Würden die Bedenken, die sich aus dem Grundsatz ergeben, daß nur der Inhaber eines Rechts dieses veräußern kann, hier durchschlagen, würde sich keine erwerbswillige Person finden, die nur den vermögensrechtlichen Bestand eines Geschäftsanteils erwerben will. Jeder Erwerber hat vielmehr auch ein Interesse daran, gleichzeitig mit der Übernahme eines Anteiles Einfluß auf die Gesellschaft zu nehmen, selbst wenn der Umfang seiner Mitverwaltungsrechte noch so klein ist. Gleichzeitig würde die Gelegenheit verpaßt, die Mitgliedschaftsstelle neu zu besetzen und dadurch dem nichtgewollten Zustand des Kapitalanteils kein Ende bereitet. Die Zulässigkeit der Veräußerung darf deshalb nicht aus Überlegungen scheitern, die die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte eines bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafters für nicht möglich halten. Dogmatische Bedenken stehen - wie oben dargestellt wurde - der Zulässigkeit einer solchen Veräußerung nicht entgegen. Die Gesetzeslücke muß im Wege der Rechtsfortbildung ausgefüllt werden. Aus der Struktur der GmbH folgt, daß die Trennung zwischen Mitgliedschaftsstelle und Mitgliedschaft ihrem Wesen nach nur vorübergehender Natur ist und somit auf Beendigung drängt. Die Struktur der Gesellschaft, aber auch das Interesse des ausgeschlossenen

1) vgl. oben S. 7

Gesellschaftern an dem Gegenwert seines Kapitalanteils sowie das Interesse der Gesellschaft, die freie Mitgliedschaftsstelle besetzen zu können, rechtfertigen die Zulässigkeit seiner Übertragung. Es darf nicht darauf abgestellt werden, ob die eigentlichen Gesellschafterrechte gleichzeitig mit dem Übergang der vermögensrechtlichen Beteiligung mitabgetreten werden. Die Wirksamkeit der Veräußerung darf auch nicht davon abhängen, ob der Erwerber sich bei der Gesellschaft anmeldet; denn das würde bedeuten, daß die Wirksamkeit eines die Struktur der Gesellschaft angehenden Rechtsgeschäftes von der jeweiligen Auffassung des Wesens der Mitgliedschaft abhängen würde. Der Erwerber eines Kapitalanteils muß in allen Fällen nach erfolgter Anmeldung bei der Gesellschaft unter Nachweis der formgerechten Veräußerung, gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den übrigen Gesellschaftern sowie außenstehenden Dritten als neuer vollwertiger Gesellschafter angesehen und wie ein Gesellschafter behandelt werden. Nur ein solches Ergebnis trägt allen Erfordernissen Rechnung.

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß sowohl der bedingt ausgeschlossene als auch der bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter jeweils seinen Geschäfts- bzw. Kapitalanteil veräußern kann. Es steht jedoch noch nicht fest, ob er dies freiwillig kann oder zwangsweise seine Beteiligung veräußern muß.

Zunächst fragt sich, ob das Ausschlußurteil der freien Veräußerung des Anteils durch den beklagten Gesellschafter entgegensteht.

- a) Das Ausschlußurteil hindert den bedingt ausgeschlossenen Gesellschafter nicht, seinen Geschäftsanteil frei zu veräußern. Solange die Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils noch nicht eingetreten ist, weil der ausgeschlossene Gesellschafter den im Urteil festgesetzten Gegenwert noch nicht erhalten hat, kann der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter seinen Geschäftsanteil kraft seiner Inhaberstellung veräußern.¹⁾ Daran ändert sich auch nichts, wenn das Ausschlußurteil rechtskräftig

1) ausdrücklich BGHZ 9, 157 (170)

wird.¹⁾ Wird die Wirksamkeit des Ausschlusses im Urteil an die Bedingung geknüpft, daß der Ausgeschlossene den im Urteil festgesetzten Gegenwert erhält, fallen Eintritt der Rechtskraft und Eintritt der Gestaltungswirkung auseinander. Die Befugnis zur Veräußerung hängt aber von der Gestaltungswirkung ab, da sie darüber entscheidet, ob der Ausgeschlossene noch Gesellschafter ist. Bis zum Eintritt der Gestaltungswirkung ist der Ausgeschlossene noch Gesellschafter. Er kann daher seinen Geschäftsanteil kraft seiner Inhaberstellung veräußern, auch wenn das Ausschlußurteil inzwischen rechtskräftig geworden ist.

- b) Der bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter kann ebenfalls seine Beteiligung frei veräußern. Weder die Gestaltungswirkung noch der Zweck des Ausschlußurteils stehen der freien Veräußerung des Kapitalanteils durch den ausgeschlossenen Gesellschafter selbst entgegen. Die Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils besagt nur, daß der lästige Gesellschafter rechtswirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Der Ausschluß wird ausgesprochen, wenn eine Norm des materiellen Rechts vorliegt, die die Rechtsfolge des Ausschlusses rechtfertigt. Die Norm, die eine solche Rechtsänderung rechtfertigt, ergibt sich im Falle des Gesellschafterausschlusses aus dem Grundsatz, daß der in der Person des auszuschließenden Gesellschafters liegende wichtige Grund die GmbH berechtigt, den lästigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Rechtsänderung selbst wird aber erst durch das Gestaltungsurteil herbeigeführt. Die Gestaltungswirkung tritt dann als Folge der Unanfechtbarkeit des Urteils ein. Als Rechtsfolge kann die Gestaltungswirkung der freien

1) Unter Rechtskraft wird hier nur formelle Rechtskraft verstanden, da dem Ausschlußurteil als Gestaltungsurteil keine materielle Rechtskraft zuerkannt werden kann. So die h. L.; vgl. Lent in ZJP Bd. 61, 278 ff (309); Rosenberg S. 411; Böttcher: Kritische Beiträge zur Lehre der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930, S. 26; a. M. Dölle in ZJP Bd. 62, 281 ff (292)

Veräußerung des Kapitalanteils durch den ausgeschlossenen Gesellschafter selbst nicht entgegenstehen. Die Gestaltungswirkung kann höchstens die Grundlage der Veräußerung vernichten, nicht jedoch die Entscheidungsfreiheit des ausgeschlossenen Gesellschafters beschränken, da sie kein Verbot, etwa im Sinne der §§ 134 - 136 BGB, aufstellt, das eine freie Veräußerung untersagt.

Der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter wird auch durch den Zweck des Ausschlußurteils nicht gehindert, seinen Kapitalanteil frei zu veräußern. Die Ausschlußklage verfolgt den Zweck, den untragbar gewordenen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen. Mit Hilfe des Ausschlußurteils sollen alle Beziehungen, die den lästigen Gesellschafter auf Grund seiner Gesellschafterstellung mit der Gesellschaft verbinden, abgebrochen werden, um ihm jede Möglichkeit zu nehmen, weiterhin das Schicksal der Gesellschaft mitzubestimmen. Die Kapitalstruktur der GmbH ermöglicht jedoch keine allgemeine Bereinigung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und lästigem Gesellschafter. Das Ausschlußurteil gestaltet nur die eigentliche Gesellschafterstellung um. Das zukünftige Schicksal des bestehen bleibenden Kapitalanteils und damit das zukünftige Schicksal der Mitgliedschaftsstelle bleibt ungeregelt. Insoweit erfüllt das Ausschlußurteil nur zum Teil seinen Zweck. Mit einer freien Veräußerung des Kapitalanteils durch den ausgeschlossenen Gesellschafter wird dagegen das eigentliche Ziel des Ausschlußurteils erreicht, weil nunmehr auch die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und ausgeschlossenen Gesellschafter abschließend geregelt werden. Der Zweck des Ausschlußurteils steht somit der freien Veräußerung nicht entgegen, vielmehr erfüllt jede Veräußerung erst endgültig den von dem Ausschlußurteil letztlich verfolgten Zweck.

) Verbietet das Ausschlußurteil dem beklagten Gesellschafter nicht, seine Beteiligung zu veräußern, so könnten doch die Interessen der GmbH einer solchen Veräußerung entgegenstehen. Da in beiden möglichen Fällen des Gesellschafterausschlusses die Interessenlage ver-

schieden ist, sollen auch hier beide Fälle getrennt behandelt werden.

- a) Wird die Wirksamkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters an die Bedingung geknüpft, daß der beklagte Gesellschafter innerhalb der im Urteil festgesetzten Frist den Gegenwert seines Geschäftsanteils erhält, dann richtet sich das Interesse der Gesellschaft lediglich darauf, dem beklagten Gesellschafter so schnell wie möglich den Gegenwert seines Geschäftsanteils zu beschaffen; denn erst mit der Auszahlung des Gegenwerts wird der Ausschluß rechtswirksam. Sind die Gesellschaft oder die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter nicht in der Lage, den lästigen Gesellschafter zu entschädigen, so droht ihnen dessen Verbleib in der Gesellschaft.¹⁾ Die Interessen der GmbH und damit auch der in ihr verbleibenden Gesellschafter sind daher auf schnelle Entschädigung gerichtet. Können sich die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter und die GmbH nicht entscheiden, wie die Entschädigung aufgebracht werden oder wer den Geschäftsanteil des beklagten Gesellschafters übernehmen soll, so darf der auszuschließende Gesellschafter seinen Geschäftsanteil frei veräußern, wenn er seinerseits einen erwerbswilligen Käufer seines Geschäftsanteils findet. Das Ziel, das sich die GmbH und mit ihr ihre Gesellschafter gesetzt haben, ist mit der Veräußerung des Geschäftsanteils erreicht. Der lästige Gesellschafter ist nunmehr ausgeschlossen. Es ist nicht gerechtfertigt, die Entscheidungsfreiheit des auszuschließenden Gesellschafters in Bezug auf seine Veräußerungsmöglichkeiten einzuschränken, nur weil eine von ihm durchgeführte Veräußerung nicht den Verwertungsvorstellungen der Gesellschaft entspricht. Den Interessen der Gesellschaft wurde Rechnung getragen, selbst wenn der Gegenwert für den Geschäftsanteil geringer ausfiel als im Urteil festgesetzt war. Der im Urteil festgesetzte Betrag ist im Interesse des beklagten Gesellschafters ermittelt worden. Er soll ihm den wirklichen Wert seines Geschäftsanteils sichern, jedoch nicht seinen Verkaufspreis vorschreiben. Die Verwertungsfreiheit des beklagten Gesellschafters geht so weit, daß er z. B. unter mehreren gleich-

1) siehe BGHZ 9, 157 ff

zeitigen Angeboten das ihm genehme aussuchen oder entgegen den Vorstellungen der Gesellschaft einem Mehrheitsgesellschafter seinen Geschäftsanteil abtreten kann. In jedem Falle der Veräußerung wird das Ziel, der Ausschluß, erreicht. Das gilt selbst, wenn der ausgeschlossene Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einen Strohmann veräußert, um damit im Ergebnis in der Gesellschaft zu bleiben. Dieses Verhalten rechtfertigt nur, nun seinerseits den Strohmann aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszuschließen.¹⁾ Die Interessen der Gesellschaft bleiben auf einen schnellen Ausschluß beschränkt. Sie berechtigen sie nicht, die Veräußerungsfreiheit des beklagten Gesellschafters zu beeinträchtigen. Auf Grund seiner Eigentümerstellung kann der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter mit seinem Geschäftsanteil nach seinem Gutdünken verfahren.¹⁾ Nur wenn die Satzung bei Veräußerung eines Geschäftsanteils die Zustimmung der Mehrheit oder aller Gesellschafter oder der Gesellschaft verlangt, kann die Gesellschaft ihren Verwertungsvorstellungen Geltung verschaffen, indem sie durchsetzt, daß die Zustimmung zur Veräußerung verweigert wird. Solange der beklagte Gesellschafter noch nicht endgültig aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist, ist er den Regeln der Satzung unterworfen.²⁾

Findet der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter keine Person, die bereit ist, seinen Geschäftsanteil zu übernehmen, so ist er gezwungen, den Verwertungsvorschlägen der Gesellschaft zu entsprechen, unabhängig davon, für welche Verwertungsart sich die GmbH entschlossen hat. Jede Weigerung würde den endgültigen Ausschluß verzögern. Dies aber widerspräche den Interessen der Gesellschaft, deren Recht, den Ausschluß des lästigen Gesellschafters herbeizuführen, der Auszuschließende weder vereiteln noch bestreiten darf.

1) BGHZ 9, 157 ff (170)

2) vgl. Scholz: Monographie S. 35 f; Gottschling in GmbH-Rdsch. 1953, 20 ff; auch wenn die Satzung für den Fall der Veräußerung die Einziehung des Geschäftsanteils vorsieht, kann der beklagte Gesellschafter seinen Geschäftsanteil nicht veräußern, vgl. Diltney S. 44

Das folgt unmittelbar aus dem Vorliegen des in der Person des beklagten Gesellschafters gegebenen wichtigen Grundes und nach Rechtskraft des Urteils auch noch aus dem Rechtsgedanken der §§ 160, 162 BGB.¹⁾ Der Auszuschließende hat sein Recht verwirkt, weiterhin Gesellschafter zu sein. Folglich muß ihm jede Berechtigung aberkannt werden, Maßnahmen ergreifen zu dürfen, die auf eine tatsächliche Verlängerung seiner verwirkten Gesellschafterstellung hinzielen. Der beklagte Gesellschafter kann daher seinen Geschäftsanteil nur solange frei veräußern, wie er hierdurch Verwertungsmaßnahmen der Gesellschaft, die einer schnelleren Durchführung seines Ausschlusses dienen, nicht vereitelt.

- b) Wird der beklagte Gesellschafter durch das Ausschlußurteil bedingungslos aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so ist den Interessen der Gesellschaft mit Eintritt der formellen Rechtskraft Genüge getan, da nunmehr der Gesellschafter endgültig außerhalb der Gesellschaft steht. Das Ziel, das sich die Gesellschaft gesetzt hat, ist erreicht. Die Gesellschaft kann ungestört weiterarbeiten. Dem lästigen Gesellschafter ist jede Möglichkeit genommen, weiter die Geschicke der Gesellschaft zu beeinflussen. Die Gesellschaft kann mehr als die wirksame Ausschließung nicht verlangen. Ihr ist vor allem versagt, jetzt noch die Veräußerung des Kapitalanteils an sich oder ihre Gesellschafter zu fordern. Mit Wirksamkeit der Ausschließung ist das Recht der Gesellschaft auf Ausschluß des Lästigen verwirklicht und erfüllt. Damit ist auch ihren schutzwürdigen Interessen Rechnung getragen worden. Der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter kann daher den ihm verbliebenen Kapitalanteil frei veräußern, ohne die Interessen der GmbH zu verletzen. Weitergehende Interessen der GmbH sind nur schutzwürdig, wenn die Satzung die Veräußerung eines Geschäftsanteils an eine Genehmigung knüpft. An eine solche Satzungsbestimmung ist auch der bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter gebunden, da sein Kapitalanteil eine Mitgliedschafts-

1) BGHZ 9, 157 (176)

stelle verkörpert, die ihrerseits der körperschaftlichen Verfassung der Gesellschaft, d. h. der Satzung der GmbH, unterworfen ist.

Verzichtet der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter auf jegliche Veräußerung, kann er von der GmbH nicht gezwungen werden, seinen Kapitalanteil zu veräußern. Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, über den wirksamen Ausschluß hinaus etwas von dem Ausgeschlossenen zu verlangen. Der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter kann nunmehr selbst entscheiden, ob er seinen Kapitalanteil veräußern will oder nicht. Es besteht deshalb die Möglichkeit, daß der Ausgeschlossene seinen Kapitalanteil nicht veräußert. Diese Möglichkeit ist denkbar, wenn z. B. die Gesellschaft überdurchschnittliche Gewinne erwirtschaftet und ausschüttet, an denen er mit seinem Kapitalanteil teilnimmt. Der ausgeschlossene Gesellschafter würde eine günstige Verzinsung des in seinem Anteil steckenden Kapitals verlieren, wenn er seine Beteiligung veräußern würde.

Verzichtet der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter aus irgendeinem Grund darauf, seinen Kapitalanteil zu veräußern, so ergibt sich eine Lage, die - wie oben schon dargestellt - in mehrfacher Weise nicht befriedigt.¹⁾ Es fragt sich daher, ob es bei dieser Lage bleiben kann. Aus den obigen Ausführungen folgt, daß sich Mitgliedschaftsstelle (d. h. hier Kapitalanteil) und Gesellschafterstellung auf die Dauer nicht trennen lassen, da eine solche Trennung der Struktur der GmbH als Körperschaft widerspricht. Kann die Gesellschaft den Ausgeschlossenen nicht zwingen, seinen Kapitalanteil zu veräußern, so kann sich zwar der ausgeschlossene Gesellschafter durch Verzicht auf jegliche Veräußerung eine ihm vielleicht günstige Lage verschaffen, das bedeutet aber nicht, daß er sich diese Lage auch für immer erhalten kann. Jederzeit besteht die Möglichkeit, den Kapitalanteil durch Einziehung zu vernichten und dadurch den der Struktur der GmbH widersprechenden Zustand zu beenden. Das Recht zur

1) vgl. oben S. 42 f

Einziehung gründet nicht auf dem wichtigen Grund, denn dieser ist mit Wirksamkeit des Ausschlusses verbraucht, sondern auf dem Grundsatz, daß die Gesellschafter der GmbH die Struktur der Gesellschaft bestimmen können. Dazu gehört auch, die Anzahl der Mitgliedschaftsstellen zu vergrößern oder zu verkleinern. Da der Ausgeschlossene nicht mehr Gesellschafter ist, können die übrigen Gesellschafter die Einziehung des Kapitalanteils ohne Zustimmung des Ausgeschlossenen beschließen. Bleibt der Gesellschaft die Einziehung verwehrt, weil sie nicht genügend Reserven hat, die ihr Stammkapital übersteigen und mit denen sie den Ausgeschlossenen für den Verlust seines Kapitalanteils entschädigen kann, hat die GmbH die Möglichkeit, den Kapitalanteil des Ausgeschlossenen im Wege der Kapitalherabsetzung einzuziehen. Es verbleibt daher bei der sich nach dem bedingungslosen Ausschluß ergebenden Lage nur dann, wenn die Gesellschaft von einer Einziehung absieht.

Fraglich ist, was geschieht, wenn der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter seinen Kapitalanteil veräußern will, aber nicht kann, weil er keinen Käufer findet und die Gesellschaft seinen Kapitalanteil auch nicht einziehen will. Der ausgeschlossene Gesellschafter nimmt in diesem Falle eine gläubigerähnliche Stellung ein, die für ihn mit erheblichen Nachteilen verbunden ist. Da er das in seinem Anteil steckende Kapital nicht verwerten kann, wird ihm verwehrt, dieses Kapital in einem anderen Unternehmen oder sonstwie nutzbringender anzulegen oder sich selbst in einem anderen Unternehmen aktiv zu beteiligen. Der ausgeschlossene Gesellschafter hat zudem keine Möglichkeit, das in seinem Anteil steckende Kapital zu sichern, wenn sich die Ertragslage der Gesellschaft infolge kurzfristiger Verwaltung verschlechtert. Auf der anderen Seite kann die GmbH mit dem Kapital des Ausgeschlossenen arbeiten, ohne ihm hierüber irgendwelche Rechenschaft ablegen zu müssen. Sie erlangt dadurch Vorteile, die ihr nicht gebühren. Dem Ausgeschlossenen kann diese Lage auf die Dauer nicht zugemutet werden. Sein Ausschluß soll sich nicht nachteilig auf sein Vermögen auswirken. Weigert sich die Gesell-

schaft, dem ausgeschlossenen Gesellschafter den Gegenwert seines Kapitalanteils auszuzahlen und ist auch sonst niemand bereit, den Ausgeschlossenen zu entschädigen, muß die Gesellschaft aufgelöst werden, um im Wege der Liquidation dem Ausgeschlossenen den Wert seiner Beteiligung zukommen zu lassen. Diese Notwendigkeit folgt aus der Struktur der GmbH. Können sich die Gesellschaft und der ausgeschlossene Gesellschafter, der als Inhaber der bloßen Mitgliedschaftsstelle noch rechtliche Beziehungen zur Gesellschaft hat, nicht über das zukünftige Schicksal dieser Mitgliedschaftsstelle einigen, muß die GmbH aufgelöst werden, da es dem Wesen der GmbH widerspricht, eine ihrer Mitgliedschaftsstellen auf die Dauer unbesetzt zu lassen. Entsprechend § 61 Abs. I muß dem bereits wirksam ausgeschlossenen Gesellschafter das Recht zuerkannt werden, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen, wenn ihm nicht innerhalb einer angemessenen Frist der Gegenwert seines Kapitalanteils ausbezahlt wird oder die Gesellschafter keine Kapitalherabsetzung beschließen, um ihm auf diesem Wege den Gegenwert seines Kapitalanteils zu verschaffen.¹⁾

Der ausgeschlossene Gesellschafter kann sich nicht beklagen, daß ihm Nachteile erwachsen, wenn er auf Auflösung der Gesellschaft klagen muß. Um dem beklagten Gesellschafter die mit dieser Möglichkeit verbundenen Nachteile zu ersparen, hat der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit des Ausschlußurteils an die Bedingung einer im Urteil festgesetzten in bestimmter Frist zu leistenden Entschädigung geknüpft.²⁾

Nur wenn der beklagte Gesellschafter nicht alles in seinen Kräften stehende getan hat, um die Ermittlung des Wertes seiner Beteiligung ohne nennenswerte Verzögerung des Ausschlusses zu ermöglichen, muß ihm der mit der Koppelung des Ausschlusses an die Leistung einer Entschädigung verfolgte Rechtsschutz versagt werden.³⁾ Es liegt daher im Ermessen des beklagten Gesellschafters, die mit der

1) vgl. Hueck in DB 1953, 778; andeutungsweise auch Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; BGHZ 32, 18 (23); vgl. ferner den Vorschlag von Curt Fischer in seinem Entwurf eines neuen GmbH-Gesetzes § 44 Abs. III

2) BGHZ 9, 157 ff

3) BGHZ 16, 317 ff

bedingungslosen Ausschließung verbundenen Nachteile zu vermeiden. Wenn der auszuschließende Gesellschafter das Risiko eingeht, sich bedingungslos ausschließen zu lassen, sei es um einen endgültigen Ausschluß überhaupt zu vereiteln, sei es um weiterhin an den ausgeschütteten Gewinnen teilzunehmen, ist für ein bedingtes Ausschlußurteil kein Raum. Der ausgeschlossene Gesellschafter hat in diesen Fällen den mit dem bedingten Ausschlußurteil verfolgten Rechtsschutz entweder verwirkt oder auf ihn verzichtet. Ist jedoch der beklagte Gesellschafter einmal wirksam ausgeschlossen worden, steht einer Veräußerung des Kapitalanteils durch ihn selbst nichts entgegen. Schutzwürdige Interessen der GmbH werden nicht mehr berührt.

III. Ist die Veräußerung des Geschäftsanteils durch den beklagten Gesellschafter selbst unter den oben beschriebenen Voraussetzungen zulässig, so fragt sich, ob auch ein Pfandgläubiger den Geschäftsanteil des lästigen Gesellschafters veräußern kann.

1) Voraussetzung einer Veräußerung des Geschäftsanteils des beklagten Gesellschafters durch einen Gläubiger ist die Belastung des Geschäftsanteils mit einem Pfandrechte.¹⁾

a) Das Pfandrechte kann durch Pfändung des Geschäftsanteils begründet werden. Es kann auch dann an einem Geschäftsanteil begründet werden, wenn der Gesellschaftsvertrag die Übertragung schlechthin ausschließt oder an die Zustimmung der Gesellschaft knüpft (vgl. §§ 857 Abs. I, 851 ZPO, 399 BGB); denn sonst hätte es ein Schuldner leicht,

1) Die Zulässigkeit der Pfändung und Verpfändung wird heute nicht bezweifelt, vgl. F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 67; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 1; Brodmann § 15 Anm. 2 a) und d); Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 21 ff

Die folgenden Erörterungen gelten sinngemäß für die Fälle, bei denen nur ein Teil des Geschäftsanteils ge- oder verpfändet worden ist. In diesem Zusammenhang ist § 17 zu beachten. Über die Zulässigkeit der Teilverpfändung und -pfändung vgl. Schuler in NJW 1956, 691 und 1960, 1425; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 70 und 81; Feine S. 406 f; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 8 u. 14; Ewald in ZHR Bd. 92 (1928), 116 ff

sein Vermögen durch Einbringung in eine GmbH dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen.¹⁾ Voraussetzung der Pfändung eines Geschäftsanteils ist ein vollstreckbarer Titel des Gläubigers und ein darauf ergangener amtsgerichtlicher Pfändungsbeschuß.²⁾ Im Anschluß an die Entscheidung in RGZ 57, 414 steht heute unbestritten fest, daß es sich bei der Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils nicht um die Pfändung eines sonstigen Rechts handelt.³⁾ Fraglich und bestritten ist nun, ob der Pfändungsbeschuß der Gesellschaft als Drittschuldner zugestellt werden muß. Bejaht man diese Frage, ist neben dem Gebot an den Vollstreckungsschuldner (Gesellschafter), sich jeder Verfügung zu enthalten, auch das Verbot an die GmbH, an den Schuldner zu zahlen, notwendig und die Pfändung wird nur durch Zustellung an die Gesellschaft und erst von diesem Zeitpunkt an wirksam (§ 829 Abs. III ZPO). Ist dagegen kein Drittschuldner vorhanden, so wird nur dem Vollstreckungsschuldner geboten, sich jeder Verfügung über den Geschäftsanteil zu enthalten, und die Pfändung wird mit der Zustellung an den Gesellschafter-Schuldner wirksam (§ 857 Abs. II ZPO). Man kann die Frage, ob der Pfändungsbeschuß der Gesellschaft zugestellt werden muß, nicht durch die einfache Unterscheidung lösen, daß der Geschäftsanteil ein Mitgliedschaftsrecht und nicht ein Forderungsrecht verkörpert, da der Begriff des Drittschuldners weiter ausgelegt wird. So muß z. B. der Vollstreckungsgläubiger bei Pfändung eines Miteigentumsanteils auch die anderen Miteigentümer durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses benachrichtigen. Das gleiche gilt für die Pfändung

-
- 1) Ewald in ZHR Bd. 92 (1928), 110 f; Schilling in Hachenburg § 15 An. I Anm. 17; Feine S. 408; F. Scholz: Komm. § 15 Anm. 84
 - 2) vgl. Scholz § 15 Anm. 81; Feine S. 407 f; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11
 - 3) vgl. Schuler in NJW 1960, 1423 f; Scholz § 15 Anm. 81 und § 14 Anm. 3; Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 21; Feine S. 405

eines Anteils an einer Personengesellschaft usw.¹⁾ Trotz dieser erweiterten Auslegung des Begriffes "Drittschuldner" hält die überwiegende Mehrheit der Lehre die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Gesellschaft bei Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils für nicht notwendig,²⁾ da nach ihrer Meinung ein Drittschuldner nicht vorhanden ist. Diese Ansicht argumentiert, der Geschäftsanteil verkörpere ein Recht, das unabhängig von den vermögensrechtlichen Ansprüchen sei. Das Recht auf Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben seien nur Ausfluß des Mitgliedschaftsrechts. Die selbständig abtretbaren und pfändbaren vermögensrechtlichen Ansprüche würden nicht gepfändet. Nicht sie, sondern der Geschäftsanteil als solcher sei Gegenstand der Beschlagnahme. Daher sei eine Benachrichtigung der Gesellschaft über die Pfändung nicht erforderlich.³⁾ Trotz der Ablehnung der Notwendigkeit einer Benachrichtigung der Gesellschaft wird allgemein empfohlen, der Gesellschaft den Pfändungsbeschuß zuzustellen.⁴⁾

Wenn man vom Sinn und Zweck einer Geschäftsanteilspfändung ausgeht, wird ersichtlich, daß der pfändende Gläubiger bei der Pfändung des Geschäftsanteils das Ziel verfolgt, diesen Anteil als Vermögensgegenstand voll und ganz zu erfassen. Das bedeutet, daß der Gläubiger durch die Pfändung des Geschäftsanteils alle vermögensrechtlichen Leistungen erhalten will, die mit dem gepfändeten Geschäftsanteil verbunden sind oder aus ihm entstehen. Aus diesen Gründen wird heute im Recht der Personengesellschaften allgemein angenommen, daß bei

1) vgl. hierzu die einschlägigen Kommentare zur ZPO. Für alle: Baumbach-Lauterbach, 27. Aufl. § 859 Anh. Anm. 1

2) vgl. Brodmann § 15 Anm. 2.) d.); Scholz: § 15 Anm. 81; Vogel § 15 Anm. 12; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 6.) B; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Staudinger: Komm. zum BGB § 1274 Anm. 3; Schuler in NJW 1960, 1423 f; differenziert dagegen in NJW 1961, 2281

3) s. Schuler in NJW 1960, 1424

4) vgl. besonders Scholz § 15 Anm. 81; Vogel § 15 Anm. 12; Schuler in NJW 1960, 1424

Pfändung der Geschäftsbeteiligung auch der Gewinnanspruch sowie der Abfindungsanspruch des Gesellschafter-Schuldners erfaßt wird.¹⁾ Unter diesen Umständen liegt es nahe, diese praktische Regelung auch für das GmbH-Recht zu übernehmen. Nach Ansicht der herrschenden Lehre ist diese Regelung jedoch ausgeschlossen, da sich das Pfandrecht an dem Geschäftsanteil nicht auf die Nutzungen erstreckt. Diese Ansicht wird unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 1213, 1273 Abs. II BGB begründet, wonach das Pfandrecht an einer Sache im Zweifel ein Nutzungspfandrecht, das Pfandrecht an einem Recht hingegen im Zweifel kein Nutzungspfandrecht ist.²⁾ Diese Bestimmungen sind jedoch in diesem Zusammenhang bedeutungslos, da es sich hier nicht darum handelt, ob der pfändende Gläubiger wie beim Nutzungspfandrecht Inhaber des Anspruches auf einen Gewinnanteil wird, sondern darum, ob sich sein Pfandrecht auch auf diesen Anspruch erstreckt.³⁾ Für die Lösung dieser Frage gibt § 1289 BGB einen ersten Anhaltspunkt. Nach dieser Vorschrift erstreckt sich das Pfandrecht an einem Forderungsrecht auch auf dessen Zinsen. Dasselbe gilt nach § 1291 BGB für die Zinsen einer gepfändeten Grund- und Rentenschuld. § 1293 BGB bestimmt, daß für das Pfandrecht an einem Inhaberpapier die Bestimmungen über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gelten. Das bedeutet, daß auch bei Pfändung eines Mitgliedschaftsrechtes die Gewinnanteile mitverpfändet sein können. Das Mitgliedschaftsrecht muß nur durch ein Inhaberpapier verkörpert werden. Es liegt nahe, diese Rechtsgedanken, die für die Personengesellschaften in § 725 BGB ihren Ausdruck gefunden haben, auch auf die Pfändung des GmbH-Geschäftsanteils anzuwenden. Die von der h. L. unter Hinweis auf die pfandrechtlichen Vorschriften geäußerten Bedenken gelten den

1) vgl. RGR-Komm. zum BGB § 725 Anm. 2; Staudinger: Komm. zum BGB § 725 Anm. 9; RGR-Komm. zum HGB § 135 Anm. 7; Hueck: Das Recht der OHG S. 268 Anm. 28; RGZ 95, 232 f

2) vgl. Staudinger: Komm. zum BGB § 1213 Anm. 2

3) s. Ewald in ZHR 92 (1928), 143

Nutzungen, d. h. den Gewinnanteilen. Sie beziehen nicht den Anspruch auf den Abwicklungserlös ein, der auch nach der h. L. als mitgepfändet gilt.¹⁾ Hinsichtlich dieses Anspruchs ist die Gesellschaft in jedem Fall Drittschuldnerin, da sie den Abwicklungserlös durch ihre Liquidatoren unter den Voraussetzungen des § 73 Abs. I an die Gesellschafter auszahlen muß.²⁾ Das gleiche muß für die Gewinnanteile gelten.³⁾

Bei der Pfändung wird nur der vermögensrechtliche Bestand des Geschäftsanteils beschlagnahmt. Die durch den Geschäftsanteil vermittelte personenrechtliche Stellung des Gesellschafters ist unpfändbar.⁴⁾

Die Unterscheidung zwischen Herrschafts- und Vermögensrechte ist hier notwendig. Der Geschäftsanteil verkörpert nicht ein Einzelrecht, sondern ist Inbegriff all derjenigen Rechte, die die Gesellschafterstellung ausmachen. Dazu gehören auch die vermögensrechtlichen Ansprüche. In Bezug auf diese ist die Gesellschaft Drittschuldner.⁵⁾ Daß die vermögensrechtlichen Ansprüche unabhängig von dem Geschäftsanteil abgetreten und verpfändet werden können, rechtfertigt keine gesonderte Behandlung. Auch die zukünftigen Zinsen, die vor Verpfändung der Forderung zulässigerweise abgetreten wurden, fallen nicht

-
- 1) vgl. Feine S. 406; Scholz § 15 Anm. 73; Brodmann § 15 Anm. 2; Westermann; Sachenrecht § 137 II 3.) a.); Becker in GmbH-Rdsch. 1940, 187; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255; Schuler in NJW 1960, 1426
 - 2) vgl. Scholz § 72 Anm. 2; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Schmidt in Hachenburg § 72 Anm. 1; Brodmann § 72 Anm. 2; Vogel § 72 Anm. 3; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255
 - 3) vgl. Ewald in ZHR 92 (1928), 145; Neukamp in DJZ 1904, 235; Brodmann § 15 Anm. 2 d.); Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 22
 - 4) vgl. KG in JW 1932, 757, dazu Anm. von Bing auf der gleichen Seite; GmbH-Rspr. Bd. IV zu § 15 Nr. 33; zu § 47 Nr. 24; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255; Vogel § 15 Anm. 12; Lehmann in GmbH-Rdsch. 1953, 143; Scholz § 15 Anm. 6 u. 71
 - 5) vgl. Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 22; Baumbach-Lauterbach: Komm. zur ZPO § 859 Anh. 3.) A.; Ewald in ZHR 92 (1928), 138; vgl. auch Schuler in NJW 1961, 2281

mehr unter § 1289 BGB, da sie dem Pfandschuldner zur Zeit der Verpfändung nicht mehr gehörten.

Würde der Gesellschaft der Pfändungsbeschluß als Drittschuldnerin nicht zugestellt, könnte sie sich zum Nachteil des pfändenden Gläubigers in entsprechender Anwendung des § 407 BGB auf Nichtwissen der Pfändung berufen und dem Gesellschafter-Schuldner mit befreiender Wirkung u. a. Gewinnanteile, nicht benötigte Nachschüsse und Rückzahlungen von Stammeinlagen nach § 58 Abs. II und den Abwicklungserlös auszahlen. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, daß der Pfändungsbeschluß der Gesellschaft als Drittschuldner gemäß § 857 Abs. I ZPO zugestellt wird.¹⁾ Mit der Zustellung erwirbt der Pfandgläubiger sein Pfandrecht an dem Geschäftsanteil, § 829 Abs. III ZPO. Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter-Schuldner inzwischen aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, jedoch noch Inhaber seines Anteils ist, da die Pfändung die Vermögensrechte des Schuldners erfassen soll. Ebensowenig verliert der Pfändungsgläubiger sein Pfandrecht an dem Geschäftsanteil, wenn der Gesellschafter-Schuldner nach bereits bestehendem Pfandrecht aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Der Ausschluß - ob rechtskräftig oder nicht - berührt den Geschäftsanteil als solchen nicht.²⁾ Dieser verbleibt, mit dem Pfandrecht des Vollstreckungsgläubigers belastet, dem Gesellschafter-Schuldner bis zur endgültigen Verwertung.

- b) Das Pfandrecht kann gleichfalls durch Verpfändung des Geschäftsanteils begründet werden. Die Bestellung eines vertraglichen Pfandrechts an einem Geschäftsanteil bedarf - ebenso wie die Abtretung - der ge-

1) vgl. Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 22; Ewald in ZHR 92 (1928), 138; Baumbach-Lauterbach: Komm. zur ZPO § 859 Anh. 3.) A; Stein-Jonas-Schönke: Komm. zur ZPO § 859 II 4.); Wieczorek: Komm. zur ZPO § 859 A III c; ähnlich Schuler in NJW 1961, 2281; Feine S. 407 hält die Zustellung in entspr. Anwendung des § 16 Abs. I für notwendig

2) vgl. oben S. 22

richtlichen oder notariellen Beurkundung, § 15 Abs. III, § 1274 BGB.¹⁾ Dagegen bedarf der schuldrechtliche Vertrag, in dem der Gesellschafter die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechts übernimmt, entgegen § 15 Abs. IV, keiner Form.²⁾ Bei der Verpfändung sind die Voraussetzungen zu beachten, die der Gesellschaftsvertrag für die Abtretung vorsieht, insbesondere die häufig notwendige Zustimmung der Gesellschaft (§ 15 Abs. V i. V. m. § 1274 Abs. I BGB), da die statutarischen Beschränkungen auch für die Verpfändung gelten.³⁾ Fraglich und bestritten ist hier gleichfalls, ob die Verpfändung der Gesellschaft angezeigt werden muß oder ob das Pfandrecht an dem Geschäftsanteil ohne Anzeige an die Gesellschaft durch bloße Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschafter-Schuldner bestellt werden kann. Nach Ansicht der herrschenden Lehre ist eine Anzeige nach § 1280 BGB nicht erforderlich, weil das verpfändete Recht keine Forderung, sondern ein Mitgliedschaftsrecht darstellt.⁴⁾ Dieser Ansicht kann jedoch in dieser Form nicht zugestimmt werden. Wie überwiegend anerkannt wird, umfaßt das Vertragspfandrecht auch den Anspruch auf den Abwicklungserlös.⁵⁾ Das gleiche gilt für Ansprüche auf Auszahlung nicht

-
- 1) vgl. Staudinger: Komm. zum BGB § 1274 Anm. 3; Feine S. 405 f; Scholz § 15 Anm. 68; Vogel § 15 Anm. 11; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 2; Ewald in ZHR 92 (1928), 129; Neukamp in ZHR 57 (1905), 566; nach § 76 Abs. III österr. GmbHG. Formfreiheit
 - 2) vgl. RGZ 58, 223; RG in JW 1937, 2118 Nr. 20; Brodmann § 15 Anm. 2 a.); Scholz § 15 Anm. 69; Vogel § 15 Anm. 11; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 6; Staudinger: Komm. zum BGB § 1274 Anm. 3; a. M. Ewald in ZHR 92 (1928), 132
 - 3) vgl. Scholz § 15 Anm. 68; Staudinger: Komm. zum BGB § 1274 Anm. 3; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 6.) A.; Ewald in ZHR 92 (1928), 109 f
 - 4) vgl. Schuler in NJW 1956, 690; Scholz § 15 Anm. 68; Vogel in DB 1954, 208
 - 5) ausdrücklich Schuler in NJW 1956, 690; Scholz § 15 Anm. 73; Feine S. 405 f; Becker in GmbH-Rdsch. 1940, 186 f; Vogel in DB 1954, 209; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255

benötigter Nachschüsse, für Ansprüche auf Rückzahlung auf die Stammeinlagen im Falle der Kapitalherabsetzung¹⁾ usw. Diese Ansprüche sind Forderungen, die sich gegen die Gesellschaft richten.²⁾ Die Verpfändung soll den Vermögenswert des Geschäftsanteils erfassen. Die Herrschaftsrechte, die der Besitz eines Geschäftsanteils vermittelt, lassen sich nicht verpfänden.³⁾ Inhalt des Vermögenswertes des Geschäftsanteils sind zwar keine reinen Forderungsrechte, aus wirtschaftlichen Erwägungen hingegen ist es erforderlich, die einzelnen Vermögensrechte, die den Vermögenswert des Geschäftsanteils ausmachen und deshalb Gegenstand der Verpfändung sind, den Forderungsrechten gleichzustellen. Würde dies nicht geschehen, liefe der Pfandgläubiger Gefahr, daß sein Vertragspfandrecht wirtschaftlich ausgehöhlt wird. Jedes mitgliedschaftliche Vermögensrecht kann sich verselbständigen und unter bestimmten Voraussetzungen zu reinen Forderungsrechten erstarken. Die Gesellschaft kann auf diese Forderungen leisten und sich gegenüber dem Pfandgläubiger zu dessen Nachteil auf § 407 BGB berufen. Um diese Nachteile zu vermeiden, ist es angebracht, auch die Verpfändung eines solchen Rechtes durch den Gläubiger nach § 1280 BGB anzeigen zu lassen, aus dem sich ein reines Forderungsrecht entwickeln kann.

Schließlich ergibt sich auch aus dem Gesichtspunkt des § 16 Abs. I die Notwendigkeit einer Verpfändungsanzeige. Eine Anzeige nach § 16 Abs. I ist bei der Gesellschaft erforderlich, da die Verpfändung

1) vgl. Brodmann § 15 Anm. 2 a.); Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255; Schuler in NJW 1960, 1427

2) vgl. Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Scholz § 72 Anm. 2; Baumbach-Hueck § 72 Anm. 1.) u. 2.); Brodmann § 72 Anm. 2; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 255

3) vgl. oben S. 58 Anm. 4

zur Veräußerung führen kann.¹⁾ In diesem Zusammenhang kommt es weniger darauf an, ob die Verpfändungsanzeige konstitutiv oder nur deklaratorisch für die Begründung des Pfandrechts wirkt, sondern nur darauf, daß der Pfandgläubiger seine Rechte aus dem Pfandrecht gegenüber der Gesellschaft geltend machen kann. Das kann er nicht, wenn er bei ihr nicht angemeldet ist. Eine Anzeige der Verpfändung ist daher in seinem Interesse erforderlich.²⁾

Das Pfandrecht, das der Gläubiger an dem Geschäftsanteil erlangt, wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Gesellschafter-Schuldner später aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Der Ausschluß - ob wirksam oder nicht - berührt den Geschäftsanteil als solchen nicht.³⁾ Dieser verbleibt, mit dem Pfandrecht des Pfandgläubigers belastet, dem Gesellschafter-Schuldner bis zur endgültigen Verwertung. Fraglich ist aber, ob ein Gesellschafter, der aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, nach erfolgtem Ausschluß seinen Geschäftsanteil noch verpfänden kann. Ist der lästige Gesellschafter bereits rechtskräftig und wirksam aus der GmbH ausgeschlossen worden, jedoch noch Inhaber seines Kapitalanteils,⁴⁾ bestehen gegen die Verpfändung des Anteils keine Bedenken. Der Gesellschafter ist aus der GmbH ausgeschieden. Das Ziel, das sich die Gesellschaft und die in ihr verbliebenen Gesellschafter gesetzt haben, ist erreicht. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann

1) vgl. Feine S. 405; Baumbach-Hueck § 16 Anm. 1.) B.; Scholz § 15 Anm. 68; Vogel § 15 Anm. 11; derselbe in DB 1954, 208; Staudinger: Komm. zum BGB § 1274 Anm. 3; Ewald in ZHR 92 (1928), 134 f; Neukamp in ZHR 57 (1905), 567; a. M. Schilling in Hachenburg § 16 Anm. 27; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 256

2) Schuler in NJW 1956, 690 hält in seinem Aufsatz für ratsam, die Verpfändung bei der Gesellschaft anzumelden und weist auf die drohenden Gefahren bei Nichtanmeldung hin. Vgl. auch Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 256

3) vgl. oben S. 22

4) Fall in BGHZ 16, 317

zukünftig an der Mitverwaltung der Gesellschaft nicht mehr teilnehmen und deshalb auch nicht länger stören. Die Verpfändung berührt die Interessen der Gesellschaft nicht mehr.¹⁾

Wird hingegen die Wirksamkeit des Ausschlusses an die Bedingung geknüpft, daß der beklagte Gesellschafter innerhalb einer im Urteil festzusetzenden Frist den Gegenwert seines Geschäftsanteils erhält, könnte der Ausschluß durch die Verpfändung des Geschäftsanteils verzögert werden, weil die Verwertung eines dinglich belasteten Geschäftsanteils schwieriger ist, als die Verwertung eines unbelasteten Geschäftsanteils. Es würde sich eher jemand finden, der bereit ist, einen unbelasteten Geschäftsanteil zu übernehmen als umgekehrt. Auf der anderen Seite dagegen besteht das Interesse des beklagten Gesellschafters, den in seinem Geschäftsanteil steckenden Vermögenswert wirtschaftlich zu nutzen. Dazu gehört auch die Verpfändung, die für die Hingabe von Krediten erforderlich sein könnte. M.E. erschwert die Verpfändung des Geschäftsanteils durch den beklagten Gesellschafter den Ausschluß nicht so sehr, als daß die Verpfändung untersagt werden könnte. Auch ein gepfändeter Geschäftsanteil erschwert die Veräußerung. Deswegen wird jedoch die Pfändung nicht unzulässig. Der beklagte Gesellschafter kann seinen Geschäftsanteil kraft Inhaberschaft veräußern. Kraft Inhaberschaft muß ihm daher auch die Verpfändung seines Geschäftsanteils gestattet sein. Bei der Verwertung des Geschäftsanteils wird der Pfandgläubiger insoweit geschützt, als sich sein Pfandrecht im Falle der Einziehung am Einziehungsentgelt fortsetzt,²⁾ im Falle der Veräußerung auf den Erwerber mit übergeht.³⁾ Der Erwerber des Geschäftsanteils erleidet keinen Schaden, da er nur einen Preis zu zahlen braucht, bei dem der Wert des Pfandrechts bereits abgezogen ist. Würde dem be-

1) Der Pfandgläubiger läuft jedoch Gefahr, durch Einziehung sein Pfandrecht an dem Kapitalanteil zu verlieren, vgl. oben S. 51

2) vgl. unten S. 84

3) vgl. unten S. 96 Scholz § 15 Anm. 75

klagten Gesellschafter verboten, seinen Geschäftsanteil zu verpfänden, hätte der Ausschluß Strafcharakter. Der Ausschluß ist aber keine Strafe, da der beklagte Gesellschafter den Grund zum Ausschluß nicht unbedingt verschuldet haben muß.¹⁾ Nur weil gegen ihn ein Ausschlußverfahren läuft, kann dem beklagten Gesellschafter nicht verboten werden, über seinen Geschäftsanteil zu verfügen.

- 2) a) Bei der Verwertung seines Pfändungspfandrechtes kann sich der Vollstreckungsgläubiger den gepfändeten Geschäftsanteil nicht an Zahlungsstatt zum Nennwerte überweisen lassen; denn Nennwert im Sinne der §§ 857 Abs. I, 835 Abs. I ZPO ist der Geldbetrag, dessen Leistung kraft des gepfändeten Vermögensrechtes gefordert werden kann. Der Nennwert des Geschäftsanteils wird nach den Beträgen festgesetzt, die auf die Stammeinlage geleistet wurden, und stellt in Verbindung mit den anderen Geschäftsanteilen nur eine Verhältniszahl dar. Dies allein verbietet seine Überweisung zum Nennwert an Zahlungsstatt. Hinzu kommt, daß weder der Gesellschafter-Schuldner noch der Vollstreckungsgläubiger die Rückzahlung der Beträge verlangen können, die auf die Stammeinlage geleistet wurden. Der Geschäftsanteil hat demnach nie einen Nennwert im Sinne des § 835 Abs. I ZPO und kann daher auch nicht an Zahlungsstatt zum Nennwerte überwiesen werden.²⁾

Als Verwertungsmöglichkeit des gepfändeten Geschäftsanteils kommt auch nicht die Überweisung des Geschäftsanteils zur Einziehung gemäß § 835 Abs. I ZPO in Betracht.³⁾ Wohl können die einzelnen aus

1) vgl. oben S. 7

2) h. L.; vgl. Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Scholz § 15 Anm. 83; Vogel § 15 Anm. 12; Feine S. 402; Ewald in ZHR 92(1928), 174; Neukamp in DJZ 1904, 294; Stein-Jonas-Schönke; Komm. zur ZPO § 859 II 4; Unger S. 32

3) h. L.; Vogel § 15 Anm. 12; Scholz § 15 Anm. 83; Feine S. 407; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 6.) B.; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Neukamp in DJZ 1904, 293

dem Geschäftsanteil fließenden vermögensrechtlichen Ansprüche zur Einziehung überwiesen werden. Der Gläubiger kann seinen Überweisungsantrag auf den einen oder anderen vermögensrechtlichen Anspruch beschränken. Der Vollstreckungsgläubiger kann nur dann den in dem Geschäftsanteil steckenden Vermögenswert voll für sich in Anspruch nehmen, wenn er beim Vollstreckungsgericht eine Verwertung nach § 844 ZPO beantragt.¹⁾ Die Zulässigkeit der Verwertung nach § 844 ZPO ergibt sich aus § 857 Abs. V ZPO, wonach das Vollstreckungsgericht für veräußerliche Rechte die Veräußerung anordnen kann. Im Rahmen des § 844 ZPO kann sich das Vollstreckungsgericht für die öffentliche Versteigerung oder den Verkauf aus freier Hand entscheiden. Im Falle der Versteigerung bestimmt das Vollstreckungsgericht gleichzeitig den Ort der Versteigerung.²⁾ Zuständig für die Versteigerung ist der Gerichtsvollzieher. Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher den Geschäftsanteil, § 817 Abs. I ZPO, § 156 BGB.³⁾ Die Abtretung des Geschäftsanteils bedarf in diesem Fall nicht der gerichtlichen oder notariellen Form.⁴⁾ Ist dagegen die Veräußerung durch frei-

-
- 1) h. L.; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 11; Scholz § 15 Anm. 83; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 6.) B; Brodmann § 15 Anm. 2 d.); Vogel § 15 Anm. 12; die Satzung kann jedoch Bestimmungen vorsehen, die das Eindringen gesellschaftsfremder Mitglieder in die GmbH verhindern sollen. Soweit die Vollstreckungsgläubiger dadurch nicht benachteiligt werden, kann hierdurch die Verwertung nach § 844 ZPO ausgeschlossen sein. Vgl. dazu: Scholz § 15 Anm. 84; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 17; Gottschling in GmbH-Rdsch. 1953, 21; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 6.) B.; Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 25 f; für den Fall, daß die Satzung bei Pfändung des Geschäftsanteils dessen Einziehung vorsieht, vgl. unten S. 80 f
 - 2) Halle in JW 1917, 705 f
 - 3) Scholz § 15 Anm. 85; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 12
 - 4) Scholz § 15 Anm. 83; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 12; Ewald in ZHR 92 (1928), 177; Unger S. 32

händigen Verkauf angeordnet worden, greift der Formzwang des § 15 Abs. II ein, da nur mit seiner Hilfe spekulative Gesichtspunkte beim Erwerb ausgeschaltet werden können.¹⁾ Ein freihändiger Verkauf ohne ausdrückliche richterliche Anordnung ist nicht zulässig, auch wenn der Geschäftsanteil einen Börsen- oder Marktpreis haben sollte, da Geschäftsanteile keine Wertpapiere sind (§ 821 ZPO).²⁾

Der aus der GmbH bedingt ausgeschlossene Gesellschafter und Vollstreckungsschuldner kann bei der Versteigerung nicht mitbieten, um seinen Geschäftsanteil lastenfrei zurückzuerwerben, wenn hierdurch sein endgültiger Ausschluß verzögert wird. Dies wird offenbar, wenn die GmbH erklärt, daß sie die Versteigerung als eine Maßnahme betrachtet, die der Durchführung des Ausschlusses dient. In diesem Falle verbietet sich ein Mitbieten des bedingt Ausgeschlossenen aus dem Vorliegen des wichtigen Grundes und nach Rechtskraft des Urteils auch noch aus dem Rechtsgedanken der §§ 160, 162 BGB.³⁾

Der aus der GmbH bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter und Vollstreckungsschuldner kann zwar bei der Versteigerung seines Kapitalanteils mitbieten und diesen lastenfrei zurückerwerben, die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft kann er jedoch nicht wiedererlangen. Die Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils läßt sich nicht dadurch beseitigen, daß der ausgeschlossene Gesellschafter seinen eigenen Kapitalanteil ersteigert. Die Gestaltungswirkung des Urteils fordert weiterhin die Geltung, die jeder gestaltende Staatsakt für sich beansprucht. Solange sich die Mehrheit der Gesellschafter gegen die Wiederaufnahme des ausgeschlossenen Gesellschafters ausspricht, kann der Ausgeschlossene auch nicht durch Ersteigerung seines

-
- 1) so RGZ 164, 171; Ewald in ZHR 92 (1928), 177; Neukamp in ZHR 57 (1905), 531 f; Brodmann § 15 Anm. 2 d.); Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 12; a. M. Scholz § 15 Anm. 83
 - 2) Ewald in ZHR 92 (1928), 173; Neukamp in DJZ 1904, 293; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 12
 - 3) vgl. BGHZ 9, 157 (176)

eigenen Kapitalanteils Mitglied der GmbH werden. Diese Grundsätze gelten gleichfalls für den freihändigen Verkauf.

Der Erwerber des Geschäftsanteils gilt gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter, wenn er die Veräußerung unter Nachweis des Übergangs bei ihr angemeldet hat; denn § 16 Abs. I bezieht sich auf jede Art von Veräußerung.¹⁾ Um den Nachweis des Übergangs erbringen zu können, ist es daher ratsam, der Gesellschaft eine beglaubigte Abschrift des Versteigerungsprotokolls oder eine amtliche Bescheinigung des Gerichtsvollziehers vorzulegen.

Mit dem Zuschlag bzw. der Abtretung im Wege der freihändigen Veräußerung scheidet der beklagte Gesellschafter aus der GmbH aus. War das Ausschlußurteil noch nicht wirksam, muß die Gesellschaft den beklagten Gesellschafter bis zur Anmeldung des Erwerbers als Gesellschafter behandeln. Mit der Anmeldung hingegen scheidet der lästige Gesellschafter endgültig aus, auch wenn das Ausschlußurteil wegen der noch nicht abgelaufenen Rechtsmittelfrist noch nicht rechtskräftig geworden ist.

- b) Bei der Verwertung eines verpfändeten Geschäftsanteils kann weitgehend auf die Ausführungen zur Verwertung gepfändeter Geschäftsanteile verwiesen werden. Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung durch öffentliche Versteigerung. Zwischen Pfandgläubiger und Gesellschafter-Schuldner kann statt öffentlicher Versteigerung freihändiger Pfandverkauf vereinbart werden (§§ 1245, 1235 BGB).²⁾ Hinsichtlich der Form der zwangsweisen Abtretung und der Anmeldung bei der Gesellschaft kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Im Gegensatz zur Verwertung gepfändeter Geschäftsanteile müssen bei der Verwertung verpfändeter Geschäftsanteile nach all-

1) vgl. Scholz § 15 Anm. 85; Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 12; Brodmann § 15 Anm. 2 d.); Ewald in ZHR 92(1928), 177

2) vgl. Scholz § 15 Anm. 80; Vogel § 15 Anm. 11; Ewald in ZHR 92(1928), 172 ff., 176

gemeiner Ansicht die Verfügungsbeschränkungen des Gesellschaftsvertrags beachtet werden; denn soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann auch kein Pfandrecht an ihm bestellt werden.¹⁾

3. Kapitel

Die Einziehung des Geschäftsanteils

Als Lösungsmöglichkeit für die Frage, was mit dem Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters werden soll, bietet sich das Rechtsinstitut der Einziehung (Amortisation) an.

- I. Die Einziehung ist unmittelbare Vernichtung des Geschäftsanteils als solchen durch einseitigen Rechtsakt der Gesellschaft. Der Geschäftsanteil in seiner Ganzheit hört auf zu bestehen und verschwindet.²⁾ Die Einziehung richtet sich gegen den objektiven Bestand des Geschäftsanteils derart, daß als Folgeerscheinung subjektiv das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters erlischt. Die Einziehung bedeutet daher "Untergang der gesellschaftlichen Beteiligung eines Gesellschaftsmitgliedes, Elimination seines Geschäftsanteils".³⁾

Die Einziehung ist von dem Rechtsinstitut der Kaduzierung (§§ 21 ff) und dem Erwerb eigener Geschäftsanteile scharf zu unterscheiden.⁴⁾ Bei der Kaduzierung handelt es sich nur subjektiv um das Erlöschen der Mitgliedschaft eines Gesellschafters, während der Geschäftsan-

1) vgl. Schilling in Hachenburg § 15 Anh. I Anm. 3; Scholz § 15 Anm. 80; Vogel § 15 Anm. 11

2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 1; Scholz § 34 Anm. 1 ff; Baumbach-Hueck: Einf. zu § 34 Anm. 1.); Vogel § 34 Anm. 1; Brodmann § 34 Anm. 1; Feine S. 454 f; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 68 f

3) RGZ 68, 271 (274 f)

4) vgl. Scholz § 34 Anm. 1; Feine S. 455

teil als solcher erhalten bleibt.¹⁾ Er soll der Begründung einer neuen Mitgliederbeteiligung dienen. Die Einziehung bezweckt die Vernichtung der Mitgliedschaftsstelle. Mit deren Vernichtung entfällt die Voraussetzung der Mitgliedschaft. Sie geht ebenfalls unter. Das Kaduzierungsverfahren richtet sich hingegen nur gegen das Mitgliedschaftsverhältnis. Der säumige Gesellschafter soll aus der GmbH ausgeschlossen werden, sein Geschäftsanteil jedoch einem Nachfolger erhalten bleiben.

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile ist ebenfalls von der Einziehung wesentlich verschieden.²⁾ Der von der Gesellschaft erworbene eigene Geschäftsanteil bleibt in seinem objektiven Bestande unberührt, während bei der Einziehung der Geschäftsanteil untergeht. Die Gesellschaft kann einen rechtsgeschäftlich erworbenen eigenen Geschäftsanteil jederzeit an einen Käufer, der Gesellschafter werden will, weiter übertragen. Sie muß den eigenen Geschäftsanteil in der Jahresbilanz als Aktivum buchen,³⁾ nicht dagegen einen eingezogenen Geschäftsanteil. Auch hierin zeigt sich der Unterschied. Wegen dieses Unterschiedes ist eine Formulierung im Gesellschaftsvertrag, bei der von "Ankauf zwecks Einziehung" die Rede ist, ungenau und irreführend. Eine derartige Formulierung kann nur dahin ausgelegt werden, daß der Veräußernde seine Zustimmung zur Einziehung seines Geschäftsanteils gegen Entgelt erteilt hat.⁴⁾

- 1) Die Einziehung ist im GmbH-Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. § 34 bestimmt nur ihre Voraussetzungen. Die Einziehung eines Geschäftsanteils ist zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies gestattet, der betroffene Gesellschafter zustimmt oder die Voraussetzungen der Einziehung im Gesellschaftsvertrage festgelegt waren, bevor der Be-

1) vgl. oben S. 15

2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 1; Scholz § 34 Anm. 1; Feine S. 455

3) vgl. Scholz § 33 Anm. 19; Vogel § 33 Anm. 7; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.

4) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 1

rechtigte den Geschäftsanteil erworben hat. Grundsätzlich ist die erste Bestimmung eine zwingende Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Einziehung.¹⁾ Eine Einziehung, die nicht wenigstens allgemein im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, ist nichtig. Der Vorbehalt muß vor dem Einziehungsbeschluß in der Satzung oder in einer später geänderten Satzung festgelegt und nach § 54 Abs. III im Handelsregister eingetragen sein,²⁾ wenn die Einziehung gültig sein soll. Wird die Zulässigkeit der Einziehung im Wege der Satzungsänderung nachträglich eingeführt, ist gemäß § 53 Abs. III die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.³⁾ Durch den Verlust des eingezogenen Geschäftsanteils werden die Gesellschafter in ihren Rechten und Pflichten beeinträchtigt, denn mit der Einführung der Einziehung wird jeder Geschäftsanteil der Möglichkeit ausgesetzt, eingezogen zu werden. Gleichzeitig wird die vom Gesetz vorgesehene freie Veräußerlichkeit eingeschränkt.

Neben einer grundsätzlichen Zulassung der Einziehung im Gesellschaftsvertrag ist die Zustimmung des Berechtigten erforderlich. Da es sich bei der Einziehung um die Vernichtung eines Privatrechtes handelt, die im allgemeinen nur nach dem Willen des Berechtigten erfolgen kann, muß dieser Berechtigte irgendwie, sei es bei Erwerb des Geschäftsanteils oder bei der Einziehung selbst, sich einverstanden erklären. Seine Zustimmung kann formlos vor oder nach dem Gesellschafterbeschluß, der die Einziehung ausspricht, erklärt werden, und zwar entweder in der Gesellschafterversammlung oder dem Geschäftsführer gegenüber.⁴⁾ Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, genügt die

1) vgl. Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 69

2) Scholz § 34 Anm. 2; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 69

3) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 11; Schilling in Hachenburg § 53 Anm. 30; differenzierter Auffassung Scholz § 34 Anm. 2; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) B.; Brodmann § 34 Anm. 3a), die die Zustimmung nur derjenigen Gesellschafter fordern, die konkret in ihren Rechten und Pflichten beeinträchtigt werden

4) vgl. Scholz § 34 Anm. 3; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 13; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) B.

Zustimmung gegenüber einem von ihnen, § 35 Abs. II Satz 3. Die Zustimmung braucht im Einzelfalle nicht erklärt zu werden, wenn die Voraussetzungen der Einziehung vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrage festgesetzt waren, § 34 Abs. II. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, wenn die grundsätzliche Zulässigkeit der Einziehung erst später, jedoch noch vor Erwerb durch den Berechtigten in die Satzung aufgenommen worden ist. Der Berechtigte erwarb seinen Geschäftsanteil unter der Herrschaft der bestehenden Satzung. Mit Erwerb unterwarf sich der Berechtigte der Satzung und stimmte damit inzidenter deren Vorschriften zu.¹⁾ Der Erwerber des Geschäftsanteils kann sich daher nicht darauf berufen, daß sein Rechtsvorgänger der Einführung der Einziehung nicht zugestimmt hat. Dieser Einwand wird ausdrücklich durch § 34 Abs. II ausgeschlossen. Eine weitere Voraussetzung der Einziehung ist in § 34 Abs. III niedergelegt, wonach die Bestimmung des § 30 Abs. I unberührt bleiben soll. Das bedeutet, daß, falls die Einziehung gegen Entgelt erfolgt, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen zur Auszahlung des Gesellschafters nicht verwendet werden darf.²⁾ Diese Bestimmung ist zwingender Natur und darf weder ausgeschlossen noch übersehen werden. Das heißt, jede Einziehung von Geschäftsanteilen ist nur unter der Bedingung wirksam, daß das Entgelt aus dem das Stammkapital überschreitenden Vermögen gezahlt wird. § 34 Abs. III gewährleistet den Schutz der Gläubiger im Einziehungsverfahren. Aus demselben Grunde dürfen daher auch nur solche Geschäftsanteile eingezogen werden, deren Stammeinlage voll eingezahlt wurde.³⁾

-
- 1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 10; Scholz § 34 Anm. 1
 - 2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 14; Scholz § 34 Anm. 6; Vogel § 34 Anm. 8; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) C.
 - 3) vgl. Scholz § 34 Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 17; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) C.; Vogel § 34 Anm. 7; Brodmann § 34 Anm. 2 c); Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 69; BGHZ 9, 157 (168)

Andernfalls wäre die Einziehung mit dem Erlaß rückständiger Einlagen verbunden. Dies aber verstieße gegen die Grundgedanken der §§ 19 Abs. II und 33 Abs. I.

Kann die GmbH das Entgelt nicht aus irgendwelchen freien Mitteln, Gewinn oder Reserven, entrichten, bleibt ihr die Möglichkeit, gleichzeitig eine Kapitalherabsetzung vorzunehmen. Dabei müssen die Gläubigerschutzvorschriften des § 58 beachtet werden. Das heißt, daß die Einziehung erst unanfechtbar wird, wenn das Sperrjahr abgelaufen ist. Die Gesellschaft ist in diesem Falle nicht an den Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals gebunden, soweit die Kapitalherabsetzung ausgesprochen wurde.

§ 34 Abs. III verlangt schließlich noch, daß der das Stammkapital überschreitende Betrag, der zur Zahlung des Einziehungsentgeltes verwendet wird, im Augenblick der Zahlung vorhanden sein muß und nicht zum Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses,¹⁾ da sonst der Gläubigerschutz nur bedingt wirken würde.

- 2) a) Nach § 34 darf die Einziehung nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag vorbehalten ist. Soll ein lästiger Gesellschafter im Wege der Einziehung seines Geschäftsanteils endgültig aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, enthält der Gesellschaftsvertrag in der Regel keine solche Bestimmung. Es fragt sich daher, ob entgegen § 34 der Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters eingezogen werden kann. Wie oben festgestellt wurde, bietet das Rechtsinstitut der Einziehung die Möglichkeit, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, da mit der Einziehung der Geschäftsanteil vernichtet wird und als dessen Folge der Gesellschafter aufhört, Mitglied der GmbH zu sein.

Die Verwertung des Geschäftsanteils ist notwendige Voraussetzung, um einen Gesellschafter endgültig aus der Gesellschaft auszuschließen. Dies gilt zunächst für den bedingten Gesellschafterausschluß.

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 14; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) C.; Scholz § 34 Anm. 6

Das bedingte Ausschußurteil trifft keine Regelung über das Schicksal des Geschäftsanteils. Die Gestaltungswirkung des Ausschußurteils kann sich aber erst entfalten, wenn das Schicksal des Geschäftsanteils entschieden ist. Bis dahin bleibt der auszuschließende Gesellschafter Mitglied der GmbH. Dem bedingten Ausschußurteil bliebe der Erfolg versagt, wenn der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen nicht verwertet würde. Läßt man daher den Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund zu, müssen auch die Mittel bejaht werden, mit deren Hilfe der Ausschluß durchgeführt werden kann. Es wäre widersinnig, im Wege der Rechtsfortbildung das Rechtsinstitut der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters durch Ausschußurteil zu entwickeln, die Maßnahmen hingegen, die der Durchführung der Ausschließung dienen, bei den Erörterungen über die Zulässigkeit eines solchen Rechtsinstituts außer Betracht zu lassen. Soweit daher die Einziehung als Verwertungsmöglichkeit herangezogen werden kann, ist dieses Rechtsinstitut gleichfalls Gegenstand der Rechtsfortbildung. Die gleichen Erwägungen, die zur Zulässigkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund führen, rechtfertigen auch die Einziehung seines Geschäftsanteils entgegen § 34.¹⁾

Die Verwertung des Kapitalanteils ist im Falle des bedingungslosen Ausschlusses notwendige Voraussetzung, um die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Ausgeschlossenem zu beenden. Durch den bedingungslosen Ausschluß ergibt sich eine für das GmbH-Recht eigenartige Rechtslage, die - wie oben näher dargestellt wurde - als Dauerzustand unerwünscht ist. Die Einziehung ist hier das Mittel, das die sich durch diese eigenartige Rechtslage ergebenden Nachteile vermeiden kann und gleichzeitig die von der Rechtsordnung gewünschte Struktur der GmbH wiederherstellt.²⁾

1) heute h. M.: vgl. Scholz § 34 Anm. 5; derselbe Monographie S. 37 ff; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; Vogel § 34 Anm. 5; Baumbach-Hueck: Einf. zu § 34 2.)

2) vgl. oben S. 51 f

Die Einziehung muß daher auch in diesem Falle entgegen § 34 zulässig sein.

Im Gegensatz zur Einziehung eines Geschäftsanteils eines bedingt ausgeschlossenen Gesellschafters, ist die Frage der Einziehung eines Kapitalanteils nicht unbedingt eine Frage der Rechtsfortbildung. Da der Ausgeschlossene nicht mehr Gesellschafter der GmbH ist, können die übrigen Gesellschafter ohne die Mitwirkung des Ausgeschlossenen die Zulässigkeit der Einziehung durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages (§ 53) beschließen. Die erste Voraussetzung für die Einziehung des Kapitalanteils wäre damit gegeben.

- b) Einer Zustimmung des Ausgeschlossenen bedarf die Einziehung seines Anteils nicht, da er nicht mehr Gesellschafter ist und damit in seinen Gesellschafterrechten nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Die Zustimmung des bedingt ausgeschlossenen Gesellschafters ist ebenfalls nicht erforderlich. Der beklagte Gesellschafter ist wegen des wichtigen Grundes in seiner Person von der Abstimmung über die Durchführung der Ausschließung ausgeschlossen.¹⁾ Sein Ausschluß wäre nicht zu verwirklichen, wenn die einzelnen Maßnahmen der Durchführung seiner Zustimmung bedürften.

Voraussetzung jeder Einziehung eines Anteils eines aus wichtigem Grund aus der GmbH ausgeschlossenen Gesellschafters ist das Vorliegen eines Urteils, das den beklagten Gesellschafter wegen dieses Grundes aus der Gesellschaft ausschließt. Unerheblich ist, ob das Urteil bedingt oder unbedingt ergeht. In beiden Fällen kann die Einziehung als Verwertungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden.

Der Anteil des ausgeschlossenen Gesellschafters kann nicht eingezogen werden, wenn die Gesellschaft keine Mittel hat, um den beklagten Gesellschafter aus Stammkapital überschreitenden Reserven auszu zahlen.²⁾ Hier bleibt nur der Weg der Kapitalherabsetzung im Rahmen

1) h. M. vgl. Scholz § 34 Anm. 5; derselbe Monographie S. 40; Vogel § 34 Anm. 6 i. V. m. Anm. 5; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18; BGHZ 9, 157 (170 f)

2) Scholz § 34 Anm. 5 ff; derselbe Monographie S. 37; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 14; Vogel § 34 Anm. 8

des § 58. Der lästige Gesellschafter erhält in diesem Fall seine Abfindung nach Ablauf des Sperrjahres. Die zwangsweise Einziehung eines noch nicht voll eingezahlten Anteils ist wegen eventueller Benachteiligung von Gläubigern der GmbH nicht möglich.¹⁾ Aus diesen Einschränkungen folgt, daß die zwangsweise Einziehung als Verwertungsmöglichkeit nur ernsthaft in Betracht kommt, wenn die GmbH über erhebliches Stammkapital überschreitendes Vermögen verfügt, das sich schnell versilbern läßt.

- c) Wird die Einziehung des Anteils des beklagten Gesellschafters als Verwertungsmöglichkeit in Betracht gezogen, fragt sich, ob die Einziehung nur Zug um Zug gegen Zahlung des Einziehungsentgeltes erfolgen darf²⁾ oder ob die Einziehung unabhängig von der Abfindung erfolgt. Bei der Einziehung handelt es sich um einen einseitigen Rechtsakt der Gesellschaft, der die Vernichtung des Geschäftsanteils mit allen ihm verbundenen Rechten und Pflichten zur unmittelbaren Folge hat.³⁾ Die Einziehung wird wirksam, wenn ihre sämtlichen Voraussetzungen vorhanden sind, und der die Einziehung aussprechende Beschluß als empfangsbedürftige Willenserklärung dem betroffenen Gesellschafter zugestellt wurde.⁴⁾ Mit Wirksamkeit der Einziehung wird der Abfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters begründet. Der Abfindungsanspruch ist damit eine Rechtsfolge der Einziehung. Er kann die Wirksamkeit der Einziehung grundsätzlich nicht berühren. Die Wirksamkeit der Einziehung ist von den oben aufgezeigten Voraussetzungen abhängig. Als Rechtsfolge steht der Abfindungsanspruch nicht in einem Gegenseitigkeits-

1) Scholz Monographie S. 37; derselbe Komm. § 34 Anm. 5 i. V.m. Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 17; Vogel § 34 Anm. 7

2) vgl. Scholz Monographie S. 39

3) Scholz § 34 Anm. 8; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 1 u. 5; Brodmann § 34 Anm. 3 b); Vogel § 34 Anm. 2; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 3.) B.

4) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 22 f; Scholz § 34 Anm. 8

verhältnis, das eine Zug um Zug Zahlung rechtfertigt. Bei der Einziehung handelt es sich nicht um einen Vertrag oder eine vertragliche Leistung.¹⁾ Eine Zug um Zug Leistung aus dem Gesichtspunkt des § 320 Abs. I Satz 1 BGB scheidet daher aus. Da zwischen Gesellschaft und ausgeschlossenen Gesellschafter kein Eigentümer-Besitzerverhältnis hinsichtlich des zur Einziehung anstehenden Anteils besteht, kann § 1000 BGB eine Zug um Zug Leistung ebenfalls nicht rechtfertigen. Schließlich entfällt auch § 273 BGB als Begründung für eine Zug um Zug Zahlung. Zwar hat der ausgeschlossene Gesellschafter einen Abfindungsanspruch gegenüber der Gesellschaft, es fehlt jedoch an einer Gegenleistung, die der Ausgeschlossene selbst schuldet. Der ausgeschlossene Gesellschafter schuldet die Einziehung nicht. Die Gesellschaft macht vielmehr von einem Gestaltungsrecht Gebrauch. Die Zug um Zug Zahlung soll verhindern, daß eine Partei ihre Leistung nicht erbringt, ohne ihrerseits die Gegenleistung zu erhalten.²⁾ Die Zug um Zug Leistung wirkt sich daher auf den Zeitpunkt der Erfüllung von zwei bestehenden Ansprüchen, nicht auf den Zeitpunkt ihrer Begründung aus. Im Falle der Einziehung wird der Anspruch des Ausgeschlossenen erst durch die Ausübung des Gestaltungsrechts begründet. Daraus folgt, daß die Einziehung grundsätzlich unabhängig von einer Zug um Zug zu erfolgenden Auszahlung der Abfindungssumme wirksam wird.

Eine andere Frage ist es, ob es zweckmäßig erscheint, die Wirksamkeit der Einziehung bei der Verwertung eines Anteils, dessen Inhaber aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, von der tatsächlichen Auszahlung des Abfindungsentgeltes abhängig zu machen.³⁾ Dies ist geboten, wenn der von der Rechtsprechung verfolgte

1) Scholz § 34 Anm. 8; Brodmann § 34 Anm. 3 b)

2) vgl. Soergel-Siebert: Komm. zum BGB § 273 Anm. 1 u. 3

3) Diese Frage darf nicht mit der Frage nach der Zulässigkeit der Einziehung kraft Status verwechselt werden. Vgl. hierzu Scholz § 34 Anm. 8; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 3

vermögensrechtliche Schutz dem Ausgeschlossenen gewährt werden soll. Wäre der Ausgeschlossene darauf angewiesen, seinen Abfindungsanspruch bei der GmbH erst geltend zu machen, würde sich die Auszahlung des Gegenwertes außerordentlich verzögern, wenn die GmbH verklagt werden muß. Außerdem würde dem Ausgeschlossenen das Prozeßrisiko aufgebürdet. Diese Nachteile lassen sich vermeiden, wenn die Wirksamkeit der Einziehung an die tatsächliche Auszahlung des Gegenwertes geknüpft wird. In diesem Sinne ist das Urteil des BGH vom 1. April 1953 zu verstehen, das die Wirksamkeit des bedingten Ausschußurteils von der tatsächlichen Auszahlung des Gegenwertes und nicht von dem Zeitpunkt der Zustellung des Einziehungsbeschlusses an den Ausgeschlossenen abhängig macht. Im Falle des bedingungslosen Ausschlusses ist es nicht erforderlich, die Wirksamkeit der Einziehung von der tatsächlichen Auszahlung des Gegenwertes abhängig zu machen. Der Ausgeschlossene hat entweder auf den Schutz, der ihm vermögensrechtlich durch das bedingte Ausschußurteil zuteil wird, verzichtet oder ihn verwirkt, weil er die nötigen Angaben, die zur Feststellung des Wertes des Anteils notwendig sind, dem Gericht nicht mitgeteilt hat.

- 3) Der Geschäftsanteil des lästigen Gesellschafters kann nicht unentgeltlich eingezogen werden, da diese Maßnahme Strafcharakter hätte.¹⁾ Der beklagte Gesellschafter könnte aus Umständen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, die er überhaupt nicht zu vertreten hat.²⁾ Er darf hierfür nicht haftbar gemacht werden. Fraglich könnte aber sein, ob die unentgeltliche Einziehung auch unzulässig ist, wenn der Gesellschaftsvertrag sie zwar für gewisse Fälle vorsah, dagegen die Einziehung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht aufführte.

1) ausdrücklich BGHZ 9, 157 ff; Scholz Monographie S. 27 u. S. 36; derselbe Komm. § 34 Anm. 10; Vogel in BB 1953, 461; Schoen: Bonner Diss. S. 40; Dilthey S. 27 ff

2) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18; BGHZ 9, 157 (164); RGZ 146, 169 (176) für die OHG; vgl. auch oben S. 7

Hier könnte man argumentieren, daß der betroffene Gesellschafter sich schon in bestimmter Hinsicht einer unentgeltlichen Einziehung unterworfen hat. Diese Begründung kann die Unentgeltlichkeit der Einziehung jedoch nicht rechtfertigen; denn der beklagte Gesellschafter hat sich nur für die Fälle einer unentgeltlichen Einziehung unterworfen, die der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich benennt. Jede Ausdehnung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages würde dem damaligen als auch dem jetzigen Willen des betroffenen Gesellschafters nicht entsprechen. Sieht dagegen der Gesellschaftsvertrag eine unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vor, kann der Geschäftsanteil im Zweifel ohne Zahlung des Gegenwertes vernichtet werden.¹⁾ In diesem Falle würde sich aber die Frage nach der Verwertung des Geschäftsanteils eines aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafters nicht stellen.

- 4) a) Bei der Einziehung eines Geschäftsanteils bleibt das Stammkapital unverändert.²⁾ Diese Tatsache ergibt sich unmittelbar aus den Vorschriften des GmbH-Gesetzes.³⁾ Das Stammkapital bleibt unberührt, da die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist⁴⁾ und das Einziehungs-entgelt aus Stammkapital überschreitendem Vermögen gezahlt werden muß, andernfalls die Einziehung nichtig wäre.⁵⁾ Daher stimmt nach wie vor der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Betrag des Stammkapitals überein. Bei der Gründung der GmbH entsprach je-

1) vgl. Scholz § 34 Anm. 10; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 6; Vogel § 34 Anm. 4

2) Scholz § 34 Anm. 11; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 20; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 3.) B.; Brodmann § 34 Anm. 1; Diltthey S. 16

3) Gesetzesbegründung S. 67

4) Die Einziehung eines nicht volleingezahlten Geschäftsanteils ist nicht möglich, vgl. oben S. 71

5) Scholz § 34 Anm. 5; derselbe Monographie S. 37; Vogel § 34 Anm. 8; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 14

der Geschäftsanteil mit seinem Nominalbetrag der übernommenen Stammeinlage. Dies ist nach der Einziehung nicht mehr der Fall, es besteht nunmehr eine Differenz zwischen dem Betrag des Stammkapitals und der Summe der Nennbeträge der bestehenbleibenden Geschäftsanteile.¹⁾

- b) Durch die Vernichtung des Geschäftsanteils fällt eine Mitgliedschaftsstelle weg. Die Zahl der an der GmbH beteiligten Gesellschafter vermindert sich. Dadurch ändert sich aber das Beteiligungsverhältnis der in der GmbH verbleibenden Gesellschafter untereinander nicht. Die Höhe der Nennbeträge der Geschäftsanteile der in der GmbH verbleibenden Gesellschafter bleibt unverändert.²⁾ Die Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter vergrößern sich jedoch entsprechend ihrer in den Geschäftsanteilen ausgedrückten Beteiligungsquote um die Größe des eingezogenen Geschäftsanteils.³⁾ Scheidet daher A z. B. aus einer GmbH aus, an der er mit 10.000,- DM zu einem 1/4 beteiligt war, während seine Mitgesellschafter B und C mit 20.000,- DM und 10.000,- DM beteiligt sind, erhöht sich die tatsächliche Beteiligung des B von 1/2 auf 2/3, während der Anteil des C von 1/4 auf 1/3 wächst. Der Grad der verbleibenden Beteiligung erhöht sich entsprechend, wenn die Zahl der Geschäftsanteile durch Einziehung geringer wird und das Stammkapital unverändert bleibt.
- c) Der mit der Einziehung ausgeschlossene Gesellschafter schuldet die bis zur Einziehung fällig gewordenen Leistungen (z. B. Nachschüsse). Wurde der lästige Gesellschafter schon mit Eintritt der formellen

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 20; Vogel § 34 Anm. 3; Scholz § 34 Anm. 11; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 3.) B.; Brodmann § 34 Anm. 3 b)

2) vgl. Scholz § 34 Anm. 11; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 20; Brodmann § 34 Anm. 1; Dilthey S. 16 f

3) Dilthey S. 17; Scholz § 34 Anm. 11; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 20; Vogel § 34 Anm. 3; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 3.) B.; Feine S. 465

Rechtskraft wirksam ausgeschlossen, dann ist er nur bis zu dem Zeitpunkt zu bereits fällig gewordenen Leistungen verpflichtet, an dem das Ausschußurteil rechtskräftig wurde; denn mit dem rechtskräftigen Ausschußurteil verlor der lästige Gesellschafter seine volle Gesellschafterstellung. Das bedeutet, daß er sowohl aller Herrschaftsrechte als auch jeglicher Pflichten verlustig wurde. Auf der anderen Seite bezieht der beklagte Gesellschafter bis zur Einziehung den bis dahin durch Gewinnverteilungsbeschluß fällig gewordenen Jahresgewinn. Er behält ferner den Anspruch aus beschlossener Nachschußrückzahlung, wenn deren Voraussetzungen bereits vor der Einziehung gegeben waren.¹⁾

III. Mit der Vernichtung des Geschäftsanteils gehen alle Rechte Dritter unter.²⁾ Fraglich und bestritten ist, inwieweit ein Pfandgläubiger bei der Einziehung mitwirken muß und inwieweit seine Rechte gewahrt bleiben.³⁾

- 1) Es stellt sich die Frage, ob die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Einziehung erforderlich ist. Wäre dies der Fall, würde die Wirksamkeit der Einziehung und damit der Bestand des dinglichen Rechtes von der Zustimmung des Pfandgläubigers abhängen.
- a) Wie schon oben dargelegt wurde, kann ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil verpfänden, bzw. ein Gläubiger eines GmbH-Gesellschafters kann dessen Geschäftsanteil pfänden lassen.⁴⁾ Sah der Gesellschaftsvertrag vor, daß für diesen Fall der Geschäftsanteil unentgelt-

1) vgl. Scholz § 34 Anm. 12; § 15 Anm. 79;
Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 19

2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 19a; Vogel § 34 Anm. 3;
Scholz § 34 Anm. 13; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 3.) B.;
Dilthey S. 50 ff

3) Die folgenden Erörterungen gelten sinngemäß auch für andere dinglich Berechtigte, wie z. B. einen Nießbraucher, vgl. hierzu Hesselmann in GmbH-Rdsch. 1959, 21 ff

4) vgl. oben S. 54 ff

lich eingezogen wird, so braucht nach allgemeiner Ansicht der pfändende Gläubiger diese Satzungsbestimmung zu Recht nicht gegen sich gelten zu lassen, da sie nichtig ist.¹⁾ Die Zustimmung des Pfandgläubigers ist daher in diesem Falle erforderlich. Soll der gepfändete Geschäftsanteil eines Gesellschafters, der aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, unentgeltlich eingezogen werden, so kommt zu dem Gedanken des Gläubigerschutzes hinzu, daß diese Einziehung gegenüber dem beklagten Gesellschafter Strafcharakter hätte.²⁾ Daher müssen sowohl der Gesellschafter als auch der Pfandgläubiger der unentgeltlichen Einziehung zustimmen. Die unentgeltliche Einziehung ist ohne Zustimmung der rechtlich Betroffenen immer unzulässig, wenn sie laut Gesellschaftsvertrag wegen der Pfändung erfolgt.³⁾ Soll ein Geschäftsanteil laut Gesellschaftsvertrag eingezogen werden, wenn er verpfändet wird, ist die Zustimmung des Vertragspfandgläubigers zur Einziehung nicht erforderlich. Eine derartige Bestimmung muß der Vertragspfandgläubiger als Abtretungsbeschränkung gegen sich gelten lassen.⁴⁾

Sah der Gesellschaftsvertrag im Falle der Verpfändung oder Pfändung eine entgeltliche Einziehung vor, so ist die Zustimmung des Pfand-

-
- 1) vgl. Schuler in NJW 1960, 1293 und NJW 1961, 2281 ff; Knur in DNotZ. 1961, 306 ff; Scholz § 15 Anm. 84; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 6; Dilthey S. 58 ff; Raabe in BB 1956, 708 ff; Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 25 f; differenzierter Meinung Simon in GmbH-Rdsch. 1961, 137 ff und Pleyer in GmbH-Rdsch. 1960, 124 f; BGHZ 32, 151; RGZ 142, 373; vgl. auch OLG Hamburg in NJW 1957, 1033
 - 2) vgl. oben S. 77
 - 3) siehe ausdrücklich Dilthey S. 58 ff; ansonsten wird die unentgeltliche Einziehung eines gepfändeten Geschäftsanteils für zulässig angesehen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Vgl. Schuler in NJW 1961, 2281 unter Nr. 3; Scholz § 15 Anm. 79; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 6; Baumbach-Hueck § 34 Anm. 2.) B.
 - 4) vgl. Scholz § 15 Anm. 67 i. V. m. Anm. 42; siehe auch § 1274 Abs. II BGB

gläubigers nicht erforderlich, da der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an einem mit dem Todeskeim der Einziehung behafteten Geschäftsanteil erwirbt.¹⁾ Der Pfandgläubiger wird durch die entgeltliche Einziehung nicht benachteiligt, wie sich aus den späteren Ausführungen ergeben wird.²⁾ Das gleiche gilt, wenn der Geschäftsanteil eines aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafters ge- oder verpfändet war; denn der Gläubiger konnte aus dem Gesellschaftsvertrag die Unbeständigkeit des Geschäftsanteils ermessen. Sah der Gesellschaftsvertrag neben der Pfändung andere allgemeine Einziehungsgründe vor und wird im konkreten Fall wegen der Pfändung oder wegen eines anderen, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Grunde ein Geschäftsanteil eingezogen, so ist die Zustimmung des Pfandgläubigers aus den gleichen Gründen ebenfalls nicht notwendig.³⁾ Der Gläubiger kann durch die Pfändung des Anteils nicht mehr erlangen, als seinem Schuldner ohne Pfändung zusteht. Der Pfandgläubiger braucht sich nur nicht gefallen zu lassen, daß der Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf die Pfändung eine Schlechterstellung des Gläubigers vorsieht.⁴⁾

- b) Schweigt der Gesellschaftsvertrag, so kann die Einziehung grundsätzlich nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erfolgen.⁵⁾ Ist unter diesen Voraussetzungen der Geschäftsanteil des Gesellschafters-Schuldners ge- oder verpfändet worden, so kann der Gesellschaft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers einer Einziehung zu-

1) Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 19a; Diltney S. 63; über die Grenzen des Entgelts vgl. BGHZ 32, 151 ff und OLG Hamburg in NJW 1957, 1033

2) vgl. unten S. 84 f

3) vgl. Schuler in NJW 1961, 2282; Diltney S. 63; Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 25 f

4) vgl. Fischer zu BGH in LM § 34 GmbHG. Anm. 3

5) vgl. Buchwald in GmbH-Rdsch. 1959, 69; Scholz § 34 Anm. 3 u. 4; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 5

stimmen.¹⁾ Die Zustimmung des Gesellschafters zur Einziehung fällt in diesem Falle unter die Rechtsgeschäfte, die dem Vollstreckungsschuldner nach § 829 Abs. I Satz 2 ZPO, dem Pfandschuldner nach § 1276 Abs. I Satz 1 BGB verboten sind. Der Pfandgläubiger kann daher immer seine Rechte wahrnehmen, wenn nach erfolgter Verpfändung oder Pfändung die Einziehung des ver- oder gepfändeten Geschäftsanteils beschlossen werden sollte. Die Zustimmung des Pfandgläubigers ist in seinem Interesse erforderlich, da das Einziehungsentgelt als Geldanspruch keinen vollwertigen Ersatz des Pfandrechts bietet, seine Stellung als Pfandgläubiger daher ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden kann.²⁾ Aus diesem Grund ist die Zustimmung in jedem Falle der Einziehung erforderlich.

Wie oben dargelegt wurde, ist die Zustimmung des beklagten Gesellschafters nicht notwendig, wenn die Gesellschaft den Geschäftsanteil des lästigen Gesellschafters auf Grund eines Ausschlußurteils einziehen will, um den Beklagten endgültig aus der GmbH auszuschließen. Der beklagte Gesellschafter hat der Gesellschaft einen wichtigen Grund geliefert, die den Ausschluß durch Einziehung ohne seine Zustimmung rechtfertigt.³⁾ Ist die Zustimmung des Gesellschafters nicht erforderlich, so bedarf die Einziehung auch nicht der Zustimmung des Pfandgläubigers;⁴⁾ denn dessen Rechte richten sich nach den Rechten des Gesellschafter-Schuldners. Der Gläubiger eines Gesellschafters kann durch die Pfändung nicht mehr erlangen, als seinem Schuldner ohne Pfändung zusteht. Wird daher der Geschäftsanteil eines Gesellschafters eingezogen, der aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, so ist die Zustimmung dinglich Berechtigter nicht erforderlich.

-
- 1) vgl. Schuler in NJW 1961, 2281 ff; Knur in DNotZ. 1961, 306 ff; Scholz § 34 Anm. 9; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 5a
 - 2) Schuler in NJW 1961, 2282; Scholz § 34 Anm. 9
 - 3) vgl. oben S. 74
 - 4) Scholz Monographie S. 40

- 2) Obwohl die Zustimmung des Pfandgläubigers bei der Einziehung des ge- oder verpfändeten Geschäftsanteils nicht notwendig ist, wird der Pfandgläubiger in seinen Rechten nicht sehr beeinträchtigt. Zwar wurde der Abfindungsanspruch bei der Pfändung oder Verpfändung ausdrücklich nicht mitge- oder verpfändet,¹⁾ der Abfindungsanspruch tritt jedoch an die Stelle des eingezogenen Geschäftsanteils. Kraft Surrogation erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers auf den Abfindungsanspruch, bzw. auf das Entgelt selbst.²⁾ Gewiß hat der Gesetzgeber den Gedanken der dinglichen Surrogation im Gesetz nur in einzelnen Tatbeständen niedergelegt.³⁾ Einen allgemeinen Gedanken der dinglichen Surrogation gibt es im geltenden deutschen Recht nicht.⁴⁾ Das schließt nicht aus, den Gedanken des § 1287 BGB im Einzelfall auch auf einen ganz ähnlich gelagerten Tatbestand entsprechend anzuwenden. Auch im Zwangsvollstreckungsrecht ist die dingliche Surrogation nicht fremd. § 848 ZPO sieht einen gesetzlich geregelten Fall der Surrogation vor, wenn nämlich der gepfändete Anspruch des Schuldners auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet ist und der Drittschuldner das Grundstück an einen Sequester dem Vollstreckungsschuldner aufläßt. In diesem Fall erwirbt der Pfändungsgläubiger kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek. Bei Sachforderungen (§§ 854, 855 ZPO) entsteht ein Pfändungspfandrecht an der beweglichen Sache.⁵⁾ Aus den Fällen des § 1287 BGB, §§ 848, 854, 855 ZPO läßt sich der Obersatz ableiten, daß bei Untergang eines ge- oder verpfändeten Rechtes das neu begründete Recht an seine Stelle tritt. Der Tatbestand der Einziehung eines ge- oder verpfändeten Geschäftsanteils läßt sich

-
- 1) Dies geht auch nicht, da diese Forderung zur Zeit der Verpfändung (bzw. Pfändung) noch nicht besteht und ungewiß ist, ob sie überhaupt und in welcher Höhe entstehen wird.
- 2) vgl. Scholz § 15 Anm. 73 u. 79; Brodmann § 15 Anm. 2 a); Feine S. 405 f; Dilthey S. 54; Becker in GmbH-Rdsch. 1940, 186; Fischer in GmbH-Rdsch. 1961, 27; RGZ 142, 378 f
- 3) vgl. §§ 1075, 1247 BGB
- 4) vgl. RGZ 142, 378 f
- 5) vgl. Rosenberg S. 1029

unter diesen Obersatz subsumieren, da mit der Einziehung der Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen an die Stelle des Anteils tritt. Die entsprechende Anwendung des oben aufgestellten Rechtssatzes auf den Tatbestand der Einziehung rechtfertigt sich aus der gleichen Interessenslage. Der Pfandgläubiger darf durch die Einziehung in seinen Rechten nicht beeinträchtigt werden. Einer rechtsanalogen Anwendung der oben zitierten Paragraphen auf den hier vorliegenden Fall der Einziehung stehen darum ernste Bedenken nicht entgegen.

Erwirbt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Abfindungsanspruch bzw. an dem Einziehungsentgelt, wird verständlich, warum bei der Pfändung oder Verpfändung eines Geschäftsanteils dieser Vorgang der Gesellschaft entsprechend § 1280 BGB für das Vertragspfandrecht und entsprechend §§ 857, 829 ZPO für das Pfändungspfandrecht angezeigt werden muß.¹⁾ Hat der Pfandgläubiger die Anzeige bei der Gesellschaft unterlassen, läuft er Gefahr, daß die Gesellschaft das Einziehungsentgelt an den ausgeschlossenen Gesellschafter auszahlt und sich gegenüber dem Zahlungsbegehren des Pfandgläubigers zu Recht auf § 407 BGB beruft.

4. Kapitel

Der Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft

- I. Der Erwerb des Geschäftsanteils des aus wichtigem Grund aus der GmbH ausgeschlossenen Gesellschafters durch die Gesellschaft ist eine weitere Verwertungsmöglichkeit.
- 1) Unbestritten kann eine GmbH ihre eigenen Geschäftsanteile erwerben und wieder veräußern. Das folgt aus der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH. Als juristische Person kann sie wie eine natürliche Person

1) vgl. oben S. 59 und 61

selbständig Träger von Rechten und Pflichten sein.¹⁾ Soweit natürlich der Gesellschaftsvertrag den Erwerb eigener Geschäftsanteile verbietet, kann die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile nicht erwerben.²⁾ Wenn die Satzungsbestimmung erst später eingefügt worden ist, kann sich dadurch der Fall ergeben, daß die Gesellschaft zwar eigene Geschäftsanteile besitzt, aber keine weiteren hinzuerwerben kann.

§ 33 regelt den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. Diese Vorschrift unterscheidet zwei Fälle: a) den Erwerb von Geschäftsanteilen, auf welche die Stammeinlage vollständig noch nicht eingezahlt -, b) den Erwerb von Geschäftsanteilen, auf welche die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist.

- 2) a) Gemäß § 33 Abs. I darf die GmbH eigene, noch nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile nicht erwerben. Das Verbot des § 33 Abs. I erfaßt jeden Erwerb eigener nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile. Es erstreckt sich auf den Erwerb durch Schenkung, durch Erbfolge und Vermächtnis. Es erfaßt die freiwillige Veräußerung, wie die Versteigerung in der Zwangsvollstreckung.³⁾ Diese zwingende, durch den Gesellschaftsvertrag nicht auszuschließende oder zu mildernde Konsequenz des § 33 Abs. I beruht auf dem im GmbH-Gesetz verankerten Grundsatz der Kapitalbeschaffung und -erhaltung, der hinsichtlich der Kapitalbeschaffung in den §§ 5, 7 Abs. II, 9 und 19 - 25 seinen Ausdruck findet. Jedes dem § 33 Abs. I zuwider laufende Rechtsgeschäft ist

1) Scholz § 33 Anm. 1; Vogel § 33 Anm. 1; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 116; Brodmann § 33 Anm. 1; RGZ 103, 66; in Österreich verbietet § 81 österr. GmbHG grundsätzlich den Gesellschaften, eigene Geschäftsanteile zu erwerben. Aus wirtschaftlichen Gründen gestattet man nur den Erwerb im Vollstreckungsverfahren zur Einziehung eigener Forderungen der Gesellschaft gegen den Gesellschafter.

2) Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 704; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117

3) Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 2

nichtig.¹⁾

b) Der Erwerb eigener voll eingezahlter Geschäftsanteile durch die GmbH ist dagegen nur bedingt verboten. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile soll aus dem Vermögen, das über den Betrag des Stammkapitals hinausgeht, erfolgen. Erfolgt er aus Mitteln des Stammkapitals, macht sich der Geschäftsführer schadensersatzpflichtig.²⁾

3) Für den Erwerb des eigenen Geschäftsanteils durch die Gesellschaft ist die notarielle Beurkundung des Abtretungsvertrages erforderlich (§ 15 Abs. II). Der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird (§ 15 Abs. IV Satz 1).³⁾ Die Formvorschriften gelten nicht, soweit die Gesellschaft den eigenen Geschäftsanteil im Wege der Zwangsvollstreckung in der öffentlichen Versteigerung erwirbt.⁴⁾

Der Geschäftsführer kann, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges besagt, nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen als Vertreter der Gesellschaft für diese die Erwerbsverträge abschließen. Eines besonderen Gesellschafterbeschlusses bedarf es nicht. Sieht die Satzung bei Veräußerung eines Geschäftsanteils die Genehmigung

1) RGZ 71, 403; 93, 326; 98, 278; Brodmann § 33 Anm. 1 b); Unger S. 20 f; Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 1 ff; Scholz § 33 Anm. 2; Vogel § 33 Anm. 2 f; Feine S. 414; Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 700 f; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 116; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1958, 170; vgl. auch Art. 807 Abs. I schw. OR

2) vgl. Scholz § 33 Anm. 6; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) A.; Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 9; Feine S. 415; Brodmann § 33 Anm. 2 a); Vogel § 33 Anm. 6; Wegener S. 22 f; Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 706; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1958, 170; vgl. auch Seydel in DB 1954, 1093 u. Art. 807 Abs. II schw. OR

3) vgl. Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 705; Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 13; Vogel § 33 Anm. 6; Scholz § 33 Anm. 9; Feine S. 416; Brodmann § 33 Anm. 2 a)

4) vgl. oben S. 65

der Gesellschaft vor, so ist diese durch die Mitwirkung der Gesellschaft beim Erwerb des eigenen Geschäftsanteils stillschweigend als gegeben zu erachten.¹⁾

- II. 1) Erwirbt die Gesellschaft einen voll eingezahlten Geschäftsanteil unentgeltlich oder gegen Zahlung eines Betrages, der aus dem über das Stammkapital hinausgehenden Vermögen stammt, liegt ein vollgültiger Erwerb eines eigenen Geschäftsanteils vor. Dieser geht nach übereinstimmender Meinung durch den Erwerb seitens der Gesellschaft nicht unter, sondern behält vielmehr seine Selbständigkeit und seine Veräußerlichkeit.²⁾ Fraglich und im einzelnen bestritten ist jedoch, ob und inwieweit die GmbH mit dem Erwerb ihre eigene Gesellschafterin wird. Als solche hätte sie dann Rechte und Pflichten sich selbst gegenüber, wäre also ihr eigener Gläubiger oder eigener Schuldner.

Grundsätzlich erlischt ein Recht, wenn Berechtigter und Verpflichteter in einer Person zusammentreffen (sogen. Konfusion), so z. B. wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt. Der Begriff der Konfusion erklärt sich aus dem Grundsatz, Interessengegensätzen, wie sie im Verhältnis Schuldner-Gläubiger bestehen, den Schutz der Rechtsordnung zu versagen, wenn sie in der Person eines Einzelnen widerstreiten. Eine der Hauptaufgaben der Rechtsordnung ist vielmehr, die Voraussetzungen zu schaffen, um die sich aus dem Zusammenleben mehrerer Personen ergebenden Interessengegensätze gerecht zu lösen. Im Falle des Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die GmbH könnte man daher daran denken, daß alle mit dem erworbenen Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten, soweit sie in der

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 13; Scholz § 33 Anm. 9; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117

2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 14; Vogel § 33 Anm. 7; Scholz § 33 Anm. 10; Unger S. 40; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.; Becker in LZ 1925, 835; ders. in GmbH-Rdsch. 1938, 707; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117

Besitzzeit der Gesellschaft fällig werden, durch Konfusion untergehen.¹⁾ Denkbar ist auch, daß alle mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten ruhen, solange der Geschäftsanteil im Vermögen der GmbH verbleibt.²⁾ Durch diese Terminologie soll angedeutet werden, daß die Geltendmachung von Rechten und umgekehrt das Heranziehen zu Pflichten nicht ad infinitum ausgeschlossen sein muß, sondern bei Eintritt bestimmter Umstände wieder voll möglich ist. Wie man diesen Zustand auch nennt, jedenfalls steht fest, daß die Gesellschaft aus eigenen Geschäftsanteilen keine Rechte und Pflichten herleiten kann. Die Gesellschaft kann nicht ihr eigenes Mitglied sein, formulierte es der Reichsfinanzhof einmal.³⁾ Der Geschäftsanteil kann der Gesellschaft keine Mitgliedschaft vermitteln. Er bildet lediglich als die von ihm verkörperte Mitgliedschaftsstelle ein Aktivum der Gesellschaft, das in die Bilanz einzustellen ist.⁴⁾ Diese Mitgliedschaftsstelle kann von der Gesellschaft jederzeit wieder zur Neubesetzung durch einen Gesellschafter im Wege der Veräußerung freigegeben werden mit der Folge, daß alle mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten wieder aufleben.⁵⁾ Aus der Tatsache, daß die GmbH den Geschäftsanteil eines ihrer aus der Gesellschaft auszuschließenden Gesellschafter erwirbt, ergibt sich für diese Ausführungen nichts anderes.

- 2) a) Solange die Gesellschaft einen eigenen Geschäftsanteil besitzt, kann sie für sich keinen Gewinn und keine Nachschußrückzahlung empfan-

1) vgl. Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117; Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 18; Scholz § 33 Anm. 11; Feine S. 419

2) So Becker in LZ 1925, 839; ders. in GmbH-Rdsch. 1938, 708; Brodmann § 33 Anm. 2 b); RGZ 103, 64; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi: Komm. zum AktG. zu § 65 Anm. 7

3) RFH in JW 1930, 358 f Nr. 26; vgl. auch Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) C.; Becker in LZ 1925, 841; anders teilweise Unger S. 41

4) vgl. Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 14

5) vgl. Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117; Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 710 f; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) C.

gen. Auf der anderen Seite kann sie zu Nachschüssen oder sonstigen mit dem Geschäftsanteil verbundenen Leistungen nicht herangezogen werden. Wenn die GmbH aus ihrem eigenen Geschäftsanteil keinen Gewinn beziehen darf, auf der anderen Seite der Geschäftsanteil aber auch nicht untergeht, bleibt zu fragen, was mit den auf ihn entfallenden Gewinnanteilen wird. Daß dieser Gewinn bei der Verteilung so behandelt wird, als wäre der zu Grunde liegende Geschäftsanteil nicht vorhanden, widerspricht der anerkannten Rechtsfolge des Fortbestands des Geschäftsanteils.¹⁾ Trägt man diesem Umstand Rechnung, so fragt sich, ob der Gewinn als solcher für die Gesellschaft zu verbuchen²⁾ oder ob er auf die Gesellschafter zu verteilen ist.³⁾ Aus dem Grundsatz "die Gesellschaft kann nicht ihr eigener Gesellschafter sein" folgt, daß bei Zusammenfall des Gewinnbezugsrechts mit der Gewinnverteilungspflicht in der Hand der Gesellschaft, kein Gewinnanspruch der Gesellschaft entsteht. Es kommt dabei nicht darauf an, ob dieses Ergebnis mit Hilfe der Rechtskonstruktion Konfusion oder Ruhen des Rechts begründet wird. Es besteht kein Anspruch der Gesellschaft darauf, den Gewinn, der auf den eigenen Geschäftsanteil entfällt, für sich zu vereinnahmen.⁴⁾

Zu einem klaren Ergebnis führt hier die Auffassung von Scholz,⁵⁾ der den auf den eigenen Geschäftsanteil entfallenden Gewinn "nicht in diesen hineinfließen lassen will", sondern ihn allen Gesellschaftern sofort, mit Rücksicht auf eine etwaige Nichtauszahlung wegen

1) Scholz § 33 Anm. 12

2) so Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 15; Brodmann § 33 Anm. 2 c); Feine S. 419; Unger S. 41 f

3) so Scholz § 33 Anm. 12; Vogel § 33 Anm. 7; Becker in LZ 1925, 840; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.; für das Aktienrecht regelt § 65 Abs. VII AktG. diese Frage.

4) vgl. Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 708; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.; Vogel § 33 Anm. 7; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi: Komm. zum AktG. § 65 Anm. 7; a. M. Brodmann § 33 Anm. 2 c)

5) Scholz § 33 Anm. 12

späterer Verluste, zugute kommen lassen will.¹⁾ Bei der Verteilung dieses Gewinnes werden die Gesellschafter dann entsprechend ihrer Gewinnberechtigung (§ 29) berücksichtigt. Soweit jedoch Rechte Dritter an dem Geschäftsanteil bestehen, wie z. B. ein Nießbrauch, müssen die auf den eigenen Geschäftsanteil entfallenden Gewinnanteile dem Nießbrauchsberechtigten ausgezahlt werden.²⁾

- b) So wie mit der Gewinnverteilung verhält es sich entsprechend mit den auf den eigenen Geschäftsanteil unter Umständen entfallenden Rückzahlungen nicht benötigter Nachschüsse und Rückzahlungen auf die Stammeinlagen im Wege der Kapitalherabsetzung. Der Rückzahlungsanspruch entfällt wegen der Identität von Gläubiger und Schuldner.³⁾ Im Falle einer Rückzahlung auf die Stammeinlagen im Wege der Kapitalherabsetzung (§ 58) muß auch der gesellschafts-eigene Geschäftsanteil im Nennwerte entsprechend seinem Beteiligungsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen herabgesetzt werden.⁴⁾ Sämtliche Rückzahlungen werden wie der Jahresgewinn den übrigen Gesellschaftern je nach ihrem Beteiligungsverhältnis ausgezahlt.⁵⁾
- c) Die GmbH kann ein ihr auf Grund des eigenen Geschäftsanteils nach der Satzung oder dem Kapitalerhöhungsbeschluß zustehendes Bezugsrecht nicht selbst ausüben, weil dem das Verbot des § 33 Abs. I entgegensteht. Nach dieser Vorschrift darf die Gesellschaft Geschäfts-

1) ebenso Becker in LZ 1925, 839 f; Vogel § 33 Anm. 7; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.

2) Becker in LZ 1925, 840; Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117

3) vgl. Scholz § 33 Anm. 13; Vogel § 33 Anm. 7; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.; a. M. Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 15 u. Brodmann § 33 Anm. 2 d.)

4) vgl. Scholz § 58 Anm. 4; Vogel § 58 Anm. 1; Brodmann § 58 Anm. 5; Schilling in Hachenburg § 58 Anm. 8

5) vgl. Becker in LZ 1925, 840; derselbe in GmbH-Rdsch. 1938, 709; Scholz § 33 Anm. 13; Vogel § 33 Anm. 7; a. M. Buchwald in GmbH-Rdsch. 1958, 173

anteile nicht erwerben, auf die die Stammeinlage noch nicht vollständig eingezahlt ist. Dies ist aber bei erst auszugebenden neuen Anteilen der Fall,¹⁾ es sei denn, die Kapitalerhöhung erfolgt aus Gesellschaftsmitteln. In diesem Falle darf die Gesellschaft die ihr auf ihre eigenen Geschäftsanteile entfallenden neuen Geschäftsanteile übernehmen (§ 12 des Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung vom 23. Dezember 1959).²⁾ Hingegen kann die Gesellschaft ihr Bezugsrecht veräußern, wenn die Satzung es nicht verbietet.³⁾

- d) Darüber hinaus schuldet die Gesellschaft nicht sich selbst bei Einforderungen von Nachschüssen oder Sonderleistungen sowie bei Heranziehung der Gesellschafter zur Haftung aus den §§ 24 und 31 Abs. III. In den beiden letztgenannten Fällen verteilt sich der Haftungsbetrag ebenfalls auf die übrigen Gesellschafter. Ausgenommen ist jedoch der Betrag, der auf den gesellschaftseigenen Geschäftsanteil entfällt; der Anspruch auf ihn besteht nicht mehr. Hinsichtlich aller übrigen Forderungen, die mit dem eigenen Geschäftsanteil verbunden sind, so auch Nachschußverpflichtungen oder Sonderleistungen, seien sie rückständig oder nicht, kommt eine Umlegung des geschuldeten Betrages auf die übrigen Gesellschafter nicht in Betracht. Dadurch wird die Volleinzahlung des Stammkapitals nicht in Frage gestellt, da das Gesetz für den Erwerb eigener Geschäftsanteile deren Volleinzahlung vorausgesetzt hat. Festzuhalten bleibt allerdings, daß der Rechtsvorgänger der GmbH als Veräußerer gemäß § 16 für

1) vgl. Becker in LZ 1925, 841; derselbe in GmbH-Rdsch. 1938, 709; Scholz § 33 Anm. 17 und § 55 Anm. 13; Brodmann § 55 Anm. 3 a); Vogel § 55 Anm. 3; Unger S. 45; Feine S. 419; BGHZ 15, 391; a. M. Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 20; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1958, 171 zeigt Bedenken

2) in BGBI. I, 1959, 789; Scholz § 33 Anm. 17 und § 55 Anm. 13; früher war diese Frage bestritten, vgl. hierzu Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 20 mit weiteren Hinweisen

3) vgl. Vogel § 33 Anm. 7; Scholz § 33 Anm. 17; Unger S. 45; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3.) B.

meinschaftlich in Bruchteilsgemeinschaft, kann zwar jeder Gesellschafter seine ideelle Quote an dem Geschäftsanteil nach § 747 BGB veräußern,¹⁾ hinsichtlich der Ausübung der Gesellschaftsrechte unterliegt jeder Gesellschafter dagegen den Einschränkungen des § 18. Danach können alle Rechte aus einem gemeinschaftlichen Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich oder von einem von allen Gesellschaftern benannten und ermächtigten Vertreter ausgeübt werden.²⁾

Erwerben die GmbH-Gesellschafter den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen als Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, fällt der Geschäftsanteil in das BGB-Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB) und unterliegt somit gewissen Einschränkungen. Der einzelne beteiligte Gesellschafter kann seinen Anteil an dem Vermögen der BGB-Gesellschaft nicht mehr übertragen, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag etwas gegenteiliges vereinbart worden ist. Vor allem aber unterliegt auch der gesamthänderische Mitinhaber eines Geschäftsanteils hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte den Einschränkungen des § 18. Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten lassen den Erwerb durch eine BGB-Gesellschaft nur dann ratsam erscheinen, wenn Dritte an dieser Gesellschaft beteiligt sind, die im wesentlichen die Mittel für den Erwerb des Geschäftsanteils aufbringen. Ratsam erscheint ein gemeinschaftlicher Erwerb auch bei nicht möglicher Teilung, sei es, daß zur Zeit des Erwerbs keine Einigung über die Teilung erzielt wird, sei es, daß die Teilung wegen des geringen Nennwerts des Geschäftsanteils unmöglich ist.

- 2) Wird den Erfordernissen des § 17 Genüge geleistet, ist der Erwerb nach vorheriger Teilung durch den ausgeschlossenen Gesellschafter die für die Beteiligten befriedigendste Lösung, da jeder Erwerber einen neuen selbständigen Geschäftsanteil erwirbt, der keinen Einschränkungen unterliegt. Voraussetzung für die Veräußerung eines

1) Scholz § 18 Anm. 8

2) vgl. Scholz § 18 Anm. 6; Schilling in Hachenburg § 18 Anm. 9 ff

Teiles eines Geschäftsanteiles sind die gehörige Form, Mindestnennbetrag von 500, -- DM, Teilbarkeit durch 100, Genehmigung der Gesellschaft und keine gleichzeitige Übertragung mehrerer Teile von Geschäftsanteilen des Veräußerers an denselben Erwerber.¹⁾

- III. 1) Die Gesellschafter, die den Anteil des Ausgeschlossenen übernehmen wollen, haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Erwerb dieses Anteils.²⁾ Der lästige Gesellschafter, der bereits wirksam aus der GmbH ausgeschlossen ist, braucht seinen Kapitalanteil weder an alle, noch an einzelne Gesellschafter abzutreten. Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, Abtretung des Kapitalanteils an eine von der Gesellschaft benannte Person zu verlangen. Über den wirksamen Ausschluß hinaus kann die Gesellschaft von dem ausgeschlossenen Gesellschafter nichts fordern. Der ausgeschlossene Gesellschafter entscheidet selbst, ob er seinen Kapitalanteil überhaupt, und wenn, an wen er ihn abtritt.³⁾

Der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter kann seinen Geschäftsanteil ebenfalls frei nach seinem Belieben veräußern, jedoch nur solange, wie die Wirksamkeit des Ausschlusses hierdurch nicht verzögert wird.⁴⁾ Unterläßt der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter, seinen Geschäftsanteil zu veräußern oder findet er keine erwerbswilligen Käufer außer einigen Mitgesellschaftern, denen er jedoch seinen Geschäftsanteil nicht anbieten will, kann die Gesellschaft Abtretung an die im entsprechenden Gesellschafterbeschluß benannten Gesellschafter verlangen. Die Gesellschaft darf diese Verwertungsart wählen, weil sie der Durchführung des Ausschlusses dient. Der Ausgeschlossene darf Maßnahmen der Gesellschaft nicht widersprechen, die seinen Ausschluß herbeiführen können. In allen Fällen, in denen der lästige Gesellschafter erst durch Maßnahmen der Gesellschaft

1) vgl. für alle Scholz § 17 Anm. 8 ff

2) vgl. Scholz Monographie S. 35

3) vgl. ausführlich oben S. 50 f

4) vgl. oben S. 48 f

wirksam ausgeschlossen werden kann, ist die Gesellschaft berechtigt, die Verwertungsart zu bestimmen. Die Verwertungsbestimmung erfolgt durch Beschluß der Gesellschafterversammlung als oberstem Willensorgan der GmbH.

- 2) Ist die GmbH befugt, die Verwertungsart zu bestimmen, weil der Lästige auf andere Art nicht wirksam ausgeschlossen werden kann, ergibt sich die Möglichkeit von Interessenkonflikten. Ein Mehrheitsgesellschafter (oder mehrere Gesellschafter, die zusammen eine Mehrheit bilden können) kann seine Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung dazu ausnutzen, entgegen dem Wunsch eines erwerbswilligen Minderheitsgesellschafters, für den eigenen Erwerb zu stimmen, um somit seine eigene Mehrheit weiter zu vergrößern. Das könnte leicht dazu führen, daß die Verwertungsbefugnis der Gesellschaft dazu mißbraucht wird, die Mehrheit des Hauptgesellschafters auf Kosten der Minderheit zu vergrößern. Ein unbequemer Minderheitsgesellschafter liefe Gefahr, seinerseits in einen Ausschlußprozeß verwickelt zu werden, wenn er dem Mehrheitsstreben eines oder mehrerer Mehrheitsgesellschafters im Wege stehen würde.

Ein Minderheitsgesellschafter einer GmbH hat regelmäßig daran ein Interesse, seine anteilige Beteiligung in ihrer Höhe zu erhalten. An einer Verschiebung der Machtverhältnisse zu seinen Ungunsten ist er nicht interessiert. Vergrößert ein Mehrheitsgesellschafter seine Mehrheit, so drohen einem Minderheitsgesellschafter die Nachteile einer solchen Machtverschiebung, die für ihn unter Umständen bald den eigenen Ausschluß bedeuten können. Verlangt ein Minderheitsgesellschafter daher bei der Verwertung des Geschäftsanteils des auszuschließenden Gesellschafters im Wege der Veräußerung an die Mitgesellschafter anteilmäßig berücksichtigt zu werden, und die Mehrheit entspricht seinen Wünschen nicht, fragt sich, welche Vorschriften ihm gegen das Machtstreben der Mehrheitsgesellschaft zur Seite stehen. Da die Verwertung des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen in der Gesellschafterversammlung beschlossen wird, richtet sich das Interesse des Minderheitsgesellschafters darauf,

ob er gegen einen ihn vom anteilmäßigen Erwerb ausschließenden Gesellschaftsbeschuß vorgehen kann.

- 3) Das Gesetz läßt sich nicht darüber aus, wie sich etwaige, den Gesellschaftsbeschlüssen anhaftende Mängel auswirken. Diese Lücke ist nach allgemeiner Auffassung durch weitgehend sinngemäße Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auszufüllen.¹⁾ Wegen der Ähnlichkeit der Sach- und Rechtslage hat sich auch der Entwurf von 1938 (§§ 128 - 135) weitgehend an die Bestimmungen der §§ 195-201 AktG. gehalten. Es ist demzufolge zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen zu unterscheiden. Gesellschaftsbeschlüsse sind nichtig, wenn sie gegen die in § 195 AktG. aufgezählten Fälle verstoßen.²⁾ In der Regel wird es sich hierbei hauptsächlich um Verstöße gegen die guten Sitten handeln, § 195 Nr. 4 AktG. Liegt ein Verstoß gegen die in § 195 AktG. aufgezählten Fälle nicht vor, so kann ein Gesellschaftsbeschuß, der die Minderheit vom Erwerb des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen ausschließt, immerhin doch anfechtbar sein. Anfechtbar ist ein derartiger Beschluß, wenn der oder die Mehrheitsgesellschafter durch Vergrößerung ihrer Mehrheit gesellschaftsfremde Sondervorteile erstreben, § 197 Abs. II AktG.³⁾ Anfechtbar ist ein derartiger Beschluß aber auch, wenn hierin ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt.⁴⁾ Das allgemeine Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter wird beherrscht von dem

1) vgl. BGHZ 11, 231 (235); 14, 25 (38); 15, 382 (384); Baumbach-Hueck Anh. zu § 47 Anm. 1.) A.; Scholz § 45 Anm. 10; Höll: Freiburger Diss. S.139

2) vgl. Scholz § 45 Anm. 11 ff; derselbe in GmbH-Rdsch. 1952, 162 f und 1955, 37; Gottschling in GmbH-Rdsch. 1955, 218; Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 15 und 15a; Baumbach-Hueck § 47 Anh. 2.); BGHZ 11, 231 (236); BGHZ 15, 382 (385); BGH in GmbH-Rdsch. 1954, 28

3) vgl. Scholz in GmbH-Rdsch. 1955, 37; BGH 14, 25 (38)

4) vgl. Scholz in GmbH-Rdsch. 1955, 41; Gottschling in GmbH-Rdsch. 1955, 218; Hueck Götz S. 308 f; Wieland: Handelsrecht, Bd. II S. 307 f; Raiser in ZHR 1948 Bd. 111, 81 ff

rückständige Leistungen verhaftet.¹⁾

- e) Nach wohl heute einstimmiger Auffassung wird der Gesellschaft das Stimmrecht aus eigenen Geschäftsanteilen versagt. Der Wille der Gesellschaft kann unmöglich bei Beschlüssen mitbestimmend sein, die gerade erst den Willen der Gesellschaft ergeben sollen. Es wäre mit dem Wesen der GmbH als Körperschaft unvereinbar, wenn man die Gesellschaft an ihrer eigenen Willensbildung teilnehmen ließe. Die gegenteilige Ansicht könnte zu dem Ergebnis führen, daß ein Geschäftsführer mit den von ihm für die Gesellschaft vertretenen Stimmen u. U. seine Abberufung verhindern könnte (§§ 38, 46 Ziff. 5)²⁾. Die Stimmen aus eigenen Geschäftsanteilen fallen daher vollkommen aus.³⁾

Zweifelhaft und bestritten ist jedoch die Frage, ob die Stimmen eigener Geschäftsanteile auch dann unberücksichtigt bleiben, wenn das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag für die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen einen Prozentsatz des vorhandenen, nicht nur vertretenen Stammkapitals verlangt, wie etwa in den §§ 50 Abs. I, 60 Nr. 2 und 66 Abs. II. Feine will in diesen Fällen die Stimmen eigener Geschäftsanteile durch anteilmäßige Verteilung auf die Gesellschafter berücksichtigt wissen.⁴⁾ Zur Begründung führt er an, da ein Stimmrecht für eigene Geschäftsanteile nicht bestehe, sei die Folge

1) vgl. zu diesen Fragen Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 17; Scholz § 33 Anm. 13; Vogel § 33 Anm. 7; Becker in LZ 1925, 837 ff; ders. in GmbH-Rdsch. 1938, 709; Unger S. 50 nimmt nur Ruhen der Nachschußverpflichtungen an, die bei Abtretung des Geschäftsanteils dann wieder von dem Erwerber gefordert werden können, weil sie wieder aufleben.

2) Darauf weist schon Becker in LZ 1925, 842 hin.

3) vgl. RGZ 103, 66; Becker in GmbH-Rdsch. 1938, 709; Brodmann § 33 Anm. 2 b); Scholz § 33 Anm. 18; Vogel § 33 Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 33 Anm. 16; Unger S. 48; Buchwald in GmbH-Rdsch. 1958, 173; vgl. auch § 65 Abs. VII AktG.; dazu von Godin-Wilhelmi § 65 Anm. 7 und § 114 Anm. 19; vgl. auch Zöllner S. 129 f

4) Feine S. 421; auch Unger S. 48

ein zwar nicht ziffernmäßiges, aber doch tatsächliches Anwachsen des Gewichts der noch vorhandenen Stimmen. Die Zahl der abstimmenden Gesellschafter sinke, aber die Bedeutung ihrer Stimmen steige im umgekehrten Verhältnis. Wo das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag einen bestimmten Prozentsatz des vorhandenen und nicht nur des vertretenen Stammkapitals verlange, müßten die Stimmen eigener Geschäftsanteile ziffernmäßig berücksichtigt werden, wenn gültige und wirksame Gesellschafterbeschlüsse gefaßt werden sollen, die einen bestimmten Prozentsatz des vorhandenen Stammkapitals voraussetzen.

Sind eigene Geschäftsanteile vorhanden, dann tritt die von Feine dargelegte Stimmrechtsverlagerung immer dann ein, wenn es auf eine bestimmte Quote des gesamten Stammkapitals ankommt. Das zeigt sich kraß an folgendem Beispiel: Der gesellschaftseigene Geschäftsanteil vertritt 40 % des Stammkapitals. Die vier Gesellschafter der GmbH sind je im Besitz von einem Geschäftsanteil, der 15 % des Stammkapitals ausmacht. Dadurch, daß der gesellschaftseigene Geschäftsanteil mit seinen Stimmen ausfällt, kommt den Gesellschafterstimmen nunmehr ein Wert von je 25 % zu. Auf der anderen Seite vertreten die vier Gesellschafter nur 60 % des Stammkapitals. Für einen wirksamen Beschluß, der laut Satzung oder Gesetz $\frac{2}{3}$ oder $\frac{3}{4}$ Mehrheit des Kapitals verlangt, fehlt ihnen ein Teil des geforderten Prozentsatzes. Die Gesellschaft würde nun in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt, wenn die Stimmen des gesellschaftseigenen Geschäftsanteils in diesem Fall nicht berücksichtigt würden. Es fragt sich nur, ob die Lösung dieses Problems, wie sie Feine vorschlägt, die einzige und beste Möglichkeit darstellt, die Stimmgewichtsverlagerung zu verhindern. Der von Feine aufgezeigte Weg kann vermieden und die Lösung des Problems dadurch vereinfacht werden, daß man in den erwähnten Fällen an die Stelle von "Stammkapital" einen Betrag setzt, der sich aus dem satzungsmäßigen Stammkapital abzüglich der Summe der eigenen Geschäftsanteile ergibt. Auf diese Weise wird einmal die sicherlich oft nicht einfache anteilmäßige Verteilung der

Stimmen der eigenen Geschäftsanteile auf die Gesellschafter vermieden und zum anderen bleibt trotzdem das Stimmgewichtsverhältnis unter den Gesellschaftern das gleiche, so als ob eigene Geschäftsanteile nicht vorhanden wären. Das Stimmrecht aus eigenen Geschäftsanteilen kann damit zwar auch in den Fällen, in denen ein bestimmter Prozentsatz des vorhandenen, nicht nur vertretenen Stammkapitals verlangt wird, nicht ausgeübt werden; die Stimmen aus eigenen Geschäftsanteilen finden jedoch insofern Berücksichtigung, als das Stammkapital in den genannten Fällen um den Betrag der eigenen Geschäftsanteile verringert wird.¹⁾

5. Kapitel

Der Erwerb des Geschäftsanteils durch Gesellschafter der GmbH oder durch Dritte

- I. Wird vom Erwerb des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters durch die Gesellschaft abgesehen oder ist dieser Erwerb nicht möglich, weil der Gesellschaft das nötige Kapital fehlt, steht als Verwertungsmöglichkeit der Erwerb durch einen, mehrere oder durch alle übrigen Mitgesellschafter sowie durch Dritte offen.

Kein großes Problem bietet für die folgenden Untersuchungen der Fall, daß nur ein Gesellschafter den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters übernimmt. Mit der Annahme des auf Abtretung des Geschäftsanteils gerichteten Angebots verstärkt der erwerbende Gesellschafter seine Gesellschafterstellung, indem er einen Geschäftsanteil hinzuerwirbt. Als Inhaber einer weiteren vermögensrechtlichen

1) vgl. Wegener in GmbH-Rdsch. 1952, 117; ähnlich Becker in LZ 1925, 842 und in GmbH-Rdsch. 1938, 709

Beteiligung kann er nach erfolgter Anmeldung des Übergangs neben den Rechten aus seinem bisherigen Geschäftsanteil auch die Rechte aus dem dazu erworbenen Geschäftsanteil geltend machen, der gemäß § 15 Abs. II ansonsten seine eigene Selbständigkeit behält.¹⁾

Unbeachtlich ist, ob der erwerbende Gesellschafter seinen weiteren Geschäftsanteil von einem Gesellschafter übernimmt, der bedingungslos oder der erst mit Übergang des Geschäftsanteils auf den Erwerber aus der Gesellschaft ausscheidet; denn in beiden Fällen kann der Geschäftsanteil - wie oben dargestellt wurde - vollwirksam übertragen werden. Soweit der zur Abtretung anstehende Geschäftsanteil mit Rechten Dritter belastet ist, gilt das Übernahmeprinzip. Das bedeutet, daß Pfand- und Nießbrauchsrechte als dingliche Lasten mit auf den Erwerber übergehen.²⁾ Der Erwerber wird nicht durch guten Glauben geschützt.

II. Erfolgt der Erwerb durch mehrere Gesellschafter, bestehen zwei Möglichkeiten des Erwerbs. Die Gesellschafter können den Geschäftsanteil gemeinschaftlich oder teilweise durch Teilung des zu veräußern- den Geschäftsanteils erwerben.

- 1) Wir der Geschäftsanteil gemeinschaftlich erworben, können die an dem Erwerb des zu veräußernden Geschäftsanteils interessierten Gesellschafter eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bilden, die den Zweck verfolgt, den in Frage kommenden Geschäftsanteil zu erwerben. Die an dem Erwerb interessierten Gesellschafter können jedoch auch einen gemeinschaftlichen Erwerb an sich als Bruchteilsgemeinschaft bezwecken. In beiden Fällen liegt keine Teilung vor, sondern eine einheitliche Abtretung eines Geschäftsanteils an eine Personengemeinschaft.³⁾ Erwerben die Gesellschafter den Geschäftsanteil ge-

1) vgl. Scholz § 15 Anm. 55; Vogel § 15 Anm. 10; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 69

2) Scholz § 15 Anm. 75 und 91; Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 70

3) vgl. Scholz § 17 Anm. 3; Schilling in Hachenburg § 17 Anm. 2

Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung. Dieser Grundsatz ist nicht aus dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen, sondern er beherrscht vielmehr jedes Gemeinschaftsverhältnis.¹⁾ Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung verleiht dem einzelnen Gesellschafter kein subjektives Recht und ist auch kein Sonderrecht, auf dessen Erfüllung er klagen könnte. Der Gleichheitsgrundsatz bindet nur die Gesellschaft und ihre Organe und schränkt das Mehrheitsrecht gegenüber der Minorität ein. Aus der Allgemeingültigkeit des Gleichbehandlungs-Grundsatzes für alle Vorgänge innerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses ergibt sich z. B., daß alle Gesellschafter, wenn überhaupt, so grundsätzlich nur gleichmäßig zur Beteiligung an einer Kapitalerhöhung zugelassen werden dürfen.²⁾ Aus der Allgemeingültigkeit des Gleichbehandlungs-Grundsatzes folgt auch, daß die GmbH bei Veräußerung eigener Anteile alle Gesellschafter gleichmäßig berücksichtigen muß, wenn nicht das stets vorgehende Interesse der Gesellschaft entgegensteht.³⁾ Die Lage, die sich für den vom Erwerb des Geschäftsanteils des Lästigen ausgeschlossenen Gesellschafter ergibt, ähnelt der eines Gesellschafter, der bei einer Kapitalerhöhung oder bei Veräußerung gesellschaftseigener Anteile nicht bedacht wird. Auch der Gesellschafter, der durch einen Beschluß der Gesellschafterversammlung vom Erwerb des Geschäftsanteils des lästigen Gesellschafter ausgeschlossen wird, ist den Nachteilen ausgesetzt, die die Verschiebung der Machtverhältnisse innerhalb der GmbH mit sich bringen kann. Die ungleiche Berücksichtigung einzelner Gesellschafter beim Erwerb des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen ist daher grundsätzlich mit dem Gleichbehandlungs-Grundsatz nicht vereinbar,

1) vgl. Hueck Götz S. 153 ff; Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 23; Feine S. 274; Zöllner S. 301 f

2) vgl. Hueck Götz S. 345; Schilling in Hachenburg § 14 Anm. 23 und § 55 Anm. 5; Feine S. 606; Scholz § 55 Anm. 10; Gottschling in GmbH-Rdsch. 1955, 218; Müller-Erzbach: Das private Recht der Mitgliedschaft S. 93

3) vgl. v. Godin-Wilhelmi § 65 Anm. 7

wenn sie auf Grund Beschlusses der Gesellschafterversammlung erfolgt. Sie rechtfertigt sich nur, wenn sachliche Gründe vorliegen. Die ungleiche Behandlung ist z. B. sachlich gerechtfertigt, wenn der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen sich nicht teilen läßt und notwendigerweise nur einem Mitgesellschafter zugeteilt werden kann. Die Befugnis der Gesellschafterversammlung, frei über die Verwertung des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen zu bestimmen, genauso wie sie über die Klageerhebung für den Ausschluß aus wichtigem Grund frei entscheidet, wird durch den Gleichbehandlungs-Grundsatz beschränkt. Den Mehrheitsgesellschaftern wird kein Freibrief für schrankenlose Willkür eingeräumt. Allgemeine Rechtsgrundsätze - wie sie der Gleichbehandlungs-Grundsatz darstellt - können durch einen Gesellschafterbeschuß nicht aus der Welt geschafft werden.

- 4) Will ein Minderheitsgesellschafter gegen einen Gesellschafterbeschuß vorgehen, der ihn vom Erwerb des Geschäftsanteils des lästigen Gesellschafters ausschließt und von dem er glaubt, er verstieße gegen allgemeine Rechtsgrundsätze, muß er grundsätzlich bei sinngemäßer Anwendung von § 199 Abs. I AktG. binnen eines Monats nach dem Beschlußtage¹⁾ die Anfechtungsklage gegen die GmbH als Beklagte erheben.²⁾ Zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk die GmbH

1) vgl. Scholz § 45 Anm. 20; ders. in GmbH-Rdsch. 1952, 161 ff und 1954, 66 und 1955, 37; Vogel § 75 Anm. 3; ders. in GmbH-Rdsch. 1953, 5 ff; Höll: Freiburger Diss. S. 142; OLG München in GmbH-Rdsch. 1959 S. 151; a. M. Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 31; Baumbach-Hueck § 47 Anh. 4.) D.; BGHZ 11, 231; diese Meinung nimmt eine angemessene Frist an; vgl. auch § 51 GenG.

2) vgl. Scholz § 45 Anm. 19; derselbe in GmbH-Rdsch. 1955, 37; Baumbach-Hueck § 47 Anh. 4.) C.; RG in DR 1939, 721; Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 23; die Nichtigkeit derartiger Beschlüsse dürfte selten gegeben sein. Die Nichtigkeit kann jederzeit von jedermann geltend gemacht werden, z. B. durch Feststellungsklage, vgl. hierzu Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 15 b

ihren Sitz hat.¹⁾ Mit der Rechtskraft des der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils tritt die Nichtigkeit des Beschlusses ein, und zwar nicht mit rückwirkender Kraft.²⁾ Solange der anfechtbare Beschluß noch nicht ausgeführt ist, hat der benachteiligte Gesellschafter einen Anspruch darauf, daß der oder die sich selbst begünstigenden Mehrheitsgesellschafter vom alleinigen Erwerb des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters absehen. Sollten sie jedoch den fraglichen Geschäftsanteil bereits erworben haben, so sind sie verpflichtet, den hierdurch den Minderheitsgesellschaftern zugefügten Schaden in voller Höhe zu ersetzen. Da grundsätzlich § 249 BGB für den Schadensersatz gilt, müssen der oder die Mehrheitsgesellschafter die Minderheitsgesellschafter an dem Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen anteilmäßig teilhaben lassen.³⁾

- IV. Sind die Gesellschafter oder auch die Mitgesellschafter nicht bereit, den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen zu übernehmen, kann die Gesellschafterversammlung erwägen, den Ausgeschlossenen zu verpflichten, ihn Dritten zur Veräußerung anzubieten.

Der Erwerb des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen durch einen oder mehrere dritte Personen vollzieht sich wie der Erwerb durch einen oder mehrere Mitgesellschafter und ist somit grundsätzlich unproblematisch. Wird der Ausgeschlossene verpflichtet, seinen Geschäftsanteil dritten Personen anzubieten, die derart mit einem oder mehreren Mehrheitsgesellschaftern in Verbindung stehen, daß mit Erwerb praktisch die letzteren in den Genuß des Erwerbs kommen, so gilt für einen dies bestimmenden Gesellschafterbeschuß das schon oben Ausgeführte.

-
- 1) entspr. § 199 Abs. III AktG.; vgl. Scholz § 45 Anm. 21; ders. in GmbH-Rdsch. 1955, 37; Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 32; Baumbach-Hueck § 47 Anh. 4.) E.; RG in DR 1944, 247
- 2) Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 34 ff; Scholz § 45 Anm. 23; ders. in GmbH-Rdsch. 1955, 37; Brodmann § 47 Anm. 3 k); Baumbach-Hueck § 47 Anh. 5.) C) D)
- 3) vgl. hierzu eingehender Zöllner S. 426 ff; insbesondere S. 431 f

6. Kapitel

Die Höhe der Abfindung des aus- geschlossenen Gesellschafters

- I. Die bisherige Darstellung hat sich mit den einzelnen Verwertungsarten des Geschäftsanteils eines aus wichtigem Grund aus einer GmbH ausgeschlossenen Gesellschafters befaßt. Diese Darstellung wäre jedoch unvollständig, wenn sie auf die Höhe des Entgeltes, das für den Verlust der Gesellschaftsbeteiligung zu zahlen ist, nicht eingehen würde.

Der ausgeschlossene Gesellschafter hat Anspruch darauf, daß ihm der volle Gegenwert seines Geschäftsanteils ausgezahlt wird.¹⁾ Wird der Geschäfts-, bzw. Kapitalanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters eingezogen, so stellt der Einziehungsanspruch, der sich gegen die GmbH richtet, den Gegenwert dar. Ist dagegen der Geschäfts-, bzw. Kapitalanteil veräußert worden, so verkörpert der schuldrechtliche Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises den Gegenwert. Dieser Anspruch richtet sich gegen den (die) Erwerber des Anteils.

- II. 1) Die Höhe des Gegenwertes des Geschäfts-, Kapitalanteils richtet sich nach dem Wert der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Hat der ausgeschlossene Gesellschafter von seiner Möglichkeit Gebrauch gemacht, seinen Anteil frei an einen Dritten zu veräußern,²⁾ so ist für die Höhe des Gegenwertes die mit dem Dritten ausgehandelte Vereinbarung maßgeblich.³⁾ Auch in den Fällen, wo die GmbH auf Grund freiwilligen Verkaufs den Anteil des ausgeschlossenen Gesellschafters erworben hat oder die übrigen Gesellschafter dessen Anteil aufgekauft haben, gilt für die Höhe des Entgelts im Zweifel nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern der zwischen den Beteiligten geschlossene Vertrag. Nur wenn

1) vgl. oben S. 7

2) vgl. oben S. 45 ff

3) vgl. Sudhof S. 402

die Satzung eine Abfindungsbestimmung für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund getroffen hat oder wenn die Parteien auf eine Abfindungsbestimmung der Satzung Bezug genommen haben, gelten deren einschlägigen Vorschriften.¹⁾

- 2) Wird der Geschäfts-, Kapitalanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters durch Einziehung vernichtet oder ist die Gesellschaft befugt zu bestimmen, an wen der bedingt ausgeschlossene Gesellschafter seinen Geschäftsanteil verkaufen muß,²⁾ kann die Höhe der Abfindung nur durch Bewertung des Anteils bestimmt werden.

Durch seinen Anteil ist der ausgeschlossene Gesellschafter an der Gesellschaft, an deren Vermögen und deren Ertrag beteiligt. Der Wert des Anteils läßt sich deshalb auf dem Wege über die Bewertung des Vermögens und des Ertrages der Gesellschaft ermitteln. Der Wert des Gesellschaftsvermögens kann betriebswirtschaftlich zweifach berechnet werden, entweder über den Substanzwert oder über den Ertragswert.³⁾

Nach einer beachtlichen betriebswirtschaftlichen Lehrmeinung ist der Ertragswert der Gesellschaft die geeignetere Methode der Wertermittlung.⁴⁾ Folgt man dieser Meinung, so ist Ausgangspunkt für die Bewertung nicht die Substanz, sondern der Ertrag der Gesellschaft. Unter Ertrag wird der zukünftige Reingewinn des Unternehmens verstanden. Um diesen zu bestimmen, behilft man sich näherungsweise mit den durchschnittlichen Vergangenheitsgewinnen eines bestimmten Zeitraumes,⁵⁾ wie sie auf Grund der Gewinn- und Verlustrechnung ermittelt wurden. Die Vergangenheitsgewinne werden um solche Reinerträge, die einen absolut einmaligen Charakter tragen, gemindert und um den Zinsaufwand sowie um die innerhalb des Vergleichszeit-

1) vgl. Sudhof S. 402

2) vgl. oben S. 49 f

3) vgl. Sudhof S. 374; Hartmann S. 115 ff; Scholz § 14 Anm. 6

4) vgl. Hartmann S. 121

5) zumeist 3 - 5 Jahre

raumes gebildeten offenen und stillen Reserven erhöht. Die ermittelten Durchschnittsreingewinne werden unter Berücksichtigung der in Zukunft zu erwartenden Entwicklung mit der Formel der ewigen Rente kapitalisiert. Der so kapitalisierte Reingewinn macht den Ertragswert der Gesellschaft aus.¹⁾

Die Methode, über den Ertragswert den Wert des Gesellschaftsvermögens zu bestimmen, birgt jedoch einen großen Unsicherheitsfaktor. Niemand kann die zukünftige Entwicklung eines Unternehmens voraussagen. Sie ist oft ungewiß. Zu Recht ist daher der Methode der Wertermittlung des Gesellschaftsvermögens der Vorzug zu geben, die es auf den Substanzwert des Unternehmens abstellt.²⁾ Die Bestimmung des Gesellschaftsvermögens über den Substanzwert verhilft zu einer sicheren Wertfeststellung, weil sie neben der Feststellung des reinen Substanzwertes bei der Berechnung des Good Will zusätzlich auch die Zukunftsaussichten des Unternehmens berücksichtigt.

Um das Gesellschaftsvermögen über den Substanzwert zu berechnen, ist eine besondere Abschichtungsbilanz für den Tag aufzustellen, an dem der ausgeschlossene Gesellschafter seinen Anteil verliert. Die Abschichtungsbilanz soll den wirklichen Stand des Vermögens, den Verkehrswert des Unternehmens wiedergeben.³⁾ Sie ist mithin im Gegensatz zur Jahresbilanz, die lediglich der Gewinnberechnung dient, eine echte Vermögensbilanz, und es gelten deshalb für sie wesentlich andere Grundsätze als für die Jahresbilanz.

Bei der Bewertung der einzelnen Aktivaposten ist vom lebenden Unternehmen auszugehen.⁴⁾ Es ist jeweils der Wert in Ansatz zu brin-

1) vgl. hierzu Hartmann S. 129 ff mit weiteren Literaturnachweisen.

2) vgl. Sudhof S. 372 ff

3) RGZ 106, 128 (132); BGHZ 9, 157 (168); 17, 130 (136); Sudhof S. 372; Hueck: Recht der OHG S. 333

4) RGZ 106, 128 (132); Baumbach-Duden: Komm. zum HGB § 138 4.) D.; BGHZ 17, 130 (136); Hueck: Recht der OHG S. 333; Sudhof S. 372

gen, den der Gegenstand im Rahmen des fortzuführenden Unternehmens hat. Maßgebend ist somit der Wiederbeschaffungspreis für jeden einzelnen Gegenstand. Das ist der Teilwert im Sinne des Steuerrechts.¹⁾ Der Wiederbeschaffungspreis gilt für Waren, Rohstoffe, Wertpapiere, Grundstücke, Maschinen, Forderungen usw. Soweit der Bestand oder Eingang von Forderungen zweifelhaft ist, sind diese nach ihrem wahrscheinlichen Wert abzuschätzen. Wertberichtigungen sind notfalls zu ergänzen. Offene und stille Reserven sind aufzulösen, Schulden zum wahren Wert einzusetzen.²⁾

Zum Gesellschaftsvermögen gehört schließlich der Good Will (Firmenwert, Geschäftswert). Auch an diesem Wert muß der ausgeschlossene Gesellschafter beteiligt werden, da er mit durch seine Arbeit entstanden ist.³⁾ Der Good Will wird vor allem bedingt durch das Vorhandensein unkörperlicher Geschäftswerte, wie Ansehen des Unternehmens, seine Organisation, Kundschaft, örtliche Lage, Geschäftsbeziehungen, Geschäftserfahrungen usw. Die Berechnung des Good Will kann auf zweifache Art erfolgen.⁴⁾

Nach der mittelbaren Methode wird der Ertragswert ermittelt und von diesem sodann der Substanzwert abgezogen. Der Unterschied ergibt den gesuchten Wert des Good Will. Nach der unmittelbaren Methode wird der voraussichtliche Durchschnittsertrag der Gesellschaft festgestellt, dieser Ertrag einem Normalertrag gegenübergestellt und der Unterschied als Good Will kapitalisiert.⁵⁾

Hat man den Wert der Gesellschaft aus den einzelnen Aktiv- und Passivwerten gewonnen, so muß der Gesamtwert auf den abzufindenden Geschäfts-, bzw. Kapitalanteil anteilig umgelegt werden.

-
- 1) Sudhof S. 372; Baumbach-Duden: Komm. zum HGB aaO.
 - 2) siehe Hueck: Recht der OHG S. 333 f
 - 3) vgl. BGHZ 17. 130(136); Baumbach-Duden: Komm. zum HGB § 138 4.) D. ; Hueck: Recht der OHG S. 334
 - 4) vgl. Sudhof S. 373; Hartmann S. 117; Hueck: Recht der OHG S. 334
 - 5) Sudhof S. 373

7. Kapitel

Die zukünftige Regelung des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der GmbH wegen eines wichtigen Grundes

- I. Die vorangegangene Darstellung hat gezeigt, daß der Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH aus wichtigem Grund nach den gesetzlichen Vorschriften des GmbH-Gesetzes nicht durchgeführt werden kann. Es ist zu begrüßen, daß der BGH es nunmehr einer GmbH ermöglicht, einen ihrer Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschließen zu können, wenn er sich für die GmbH als völlig untragbar erweist. Zu Recht schränkte der BGH den Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters auch nur für den Fall ein, wenn sich der Ausschluß als das letzte Mittel erwies, das geeignet war, den Bestand der Gesellschaft zu erhalten. Die vom BGH im 9. Band vorgeschlagene Lösung läuft jedoch darauf hinaus, daß die Durchführung des Ausschlusses jeweils von der Fähigkeit der GmbH abhängt, den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen zu verwerten. Das bedeutet praktisch, daß der Ausschluß aus wichtigem Grund nur von Fall zu Fall zufriedenstellend durchgeführt werden kann. Für die vielen Fälle, in denen die wirtschaftliche Lage der GmbH eine Entschädigung des auszuschließenden Gesellschafters nicht zuläßt oder in denen die Auszahlung der Entschädigung die Liquidität der GmbH anspannen würde, gibt es in der Regel kein brauchbares Mittel, um den Ausschluß eines lästigen Gesellschafters durchzuführen. Auch die Kapitalherabsetzung hilft hier selten, da sie den beklagten Gesellschafter verpflichtet, bis zum Ablauf des Sperrjahres auf seine Entschädigung zu warten und gleichzeitig keine Gewähr bietet, daß eine GmbH, deren wirtschaftliche Lage wenig verheißt, nach einer Kapitalherabsetzung die für die Entschädigung notwendigen Mittel auszahlen kann. Der vom BGH eingeschlagene Weg führt aber auch, wenn man von diesen Problemen der Durchführung der Ausschließung absieht, regelmäßig zu einer beträchtlichen Erschwerung der Ausschließung und zu einer für alle Beteiligten unerfreulichen langfristigen Rechtsunsicherheit; denn

die vom BGH grundsätzlich zugelassene Möglichkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund nötigt dazu, den Streit über die Berechtigung der Ausschließung und denjenigen über die Höhe der Abfindung in demselben Prozeß auszutragen.¹⁾ Diese Schwierigkeiten sind vermeidbar, wenn der Ausschluß zukünftig unabhängig von der Verwertung des Geschäftsanteils erfolgt.

Erfolgt der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund bedingungslos, ergibt sich rechtlich eine unerfreuliche Lage. Das Mitgliedschaftsverhältnis zwischen Ausgeschlossenem und Gesellschaft wird vernichtet, während die Mitgliedschaftsstelle in Form eines Kapitalanteils in der Hand des Ausgeschlossenen bestehen bleibt. Die Struktur der GmbH verbietet einen derartigen Zustand auf die Dauer.²⁾ Hinzu kommt, daß der bedingungslose Ausschluß auch Nachteile für die Gesellschaft und den Ausgeschlossenen bergen kann. Eine kapitalbedürftige GmbH kann die Mitgliedschaftsstelle nicht für einen neuen kapitalkräftigen Gesellschafter verwerten. Der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter hingegen muß oft lange warten, bis ihm das in seinem Anteil steckende Kapital ausgezahlt wird. All diese Umstände lassen eine gesetzliche Regelung de lege ferenda wünschenswert erscheinen.

II. Bei den Überlegungen, wie eine zukünftige gesetzliche Regelung auszu-
sehen hat, gibt uns das Schweizer Obligationenrecht einen ersten An-
haltspunkt. Nach Art. 822 Abs. II dieses Gesetzes kann die Gesellschaft
bei Gericht die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH aus
wichtigem Grund beantragen. Voraussetzung ist ein Mehrheitsbeschluß
der Gesellschafter, der zugleich Stammkapitalmehrheits- und Mehr-
heitsbeschluß nach Köpfen sein muß. Die Ausschließung wird entweder
im Wege der Kapitalherabsetzung (Art. 788 OR) oder durch Abfindung
mit das Stammkapital übersteigenden Gesellschaftsmitteln durchge-
führt.³⁾ Die Ausschließung kann aber auch durch Übernahme des Ge-

1) vgl. Vogel in BB 1953, 461; Hueck in DB 1953, 777;
Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a

2) vgl. oben S. 43 f

3) Janggen-Becker Art. 822 Anm. 8; Guhl S. 61 f

schäftsanteils durch einen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter oder durch Übernahme des Geschäftsanteils durch Erwerb im Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgen, Art. 822 Abs. III i. V. m. Art. 800 OR.¹⁾ Die letztere Möglichkeit betrifft den Fall, daß der auszuschließende Gesellschafter gleichzeitig wegen Nichteinzahlung auf die Stammeinlage oder eines Nachschusses nach Art. 799 ff OR belangt und hierbei der Geschäftsanteil verwertet wird.²⁾

Anhaltspunkte für eine zukünftige Regelung des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund liefert in bescheidenem Umfang auch das griechische GmbH-Gesetz von 1955.³⁾ Nach Art. 34 dieses Gesetzes kann die Gesellschaft beim Landgerichtspräsidenten die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund beantragen. Voraussetzung einer Entscheidung des Landgerichtspräsidenten ist neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter, der - wie im Schweizer Recht - zugleich Stammkapitalmehrheits- und Mehrheitsbeschluß nach Köpfen sein muß. Durchgeführt wird die Ausschließung durch Kapitalherabsetzung in Höhe des Wertes des Geschäftsanteils (Art. 41). Die griechische Bestimmung enthält jedoch gegenüber der Schweizer Regelung, aus der sie entnommen ist, eine Verbesserung, indem sie dem ausgeschlossenen Gesellschafter das Recht einräumt, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen, wenn die Gesellschafterversammlung innerhalb von 15 Tagen nach der Zustellung der Gerichtsentscheidung keinen Beschluß faßt, der den wirklichen Wert des Geschäftsanteils festsetzt oder innerhalb angemessener Zeit das Kapitalherabsetzungsverfahren des Art. 40 nicht betrieben wird.⁴⁾ Durch diese Bestimmung wird ausgeschlossen, daß die

1) Janggen-Becker Art. 822 Anm. 9; Guhl S. 61

2) Janggen-Becker Art. 822 Anm. 9 d)

3) Die entsprechenden Bestimmungen über den Ausschluß finden sich in deutscher Sprache, jedoch nur in der Fassung des Entwurfs des gr. GmbHG. bei Schinas: Bonner Diss. Anh.; vgl. auch Schinas in RabelsZ. 22 (1957) S. 320

4) vgl. Schinas: Bonner Diss. S. 209

Gesellschaft das Verfahren der Kapitalherabsetzung verspätet ausführt. Art. 41 des gr. GmbH-Gesetzes ermöglicht, die Formvorschriften des Kapitalherabsetzungsverfahrens außer Acht zu lassen, wenn die Gesellschafterversammlung bei Herabsetzung des Stammkapitals dessen Erhöhung um denselben Betrag gleichzeitig beschließt. Durch diese Doppelmaßnahme bleibt der Haftungsfonds der Gläubiger rechnerisch unberührt und infolgedessen kann der beklagte Gesellschafter ohne weiteres nach der Erfüllung der Voraussetzungen des Ausschlusses abgefunden werden.¹⁾

Die Lösung des gr. GmbH-Gesetzes, den ausgeschlossenen Gesellschafter durch eine Kapitalherabsetzung in den Genuß der Abfindung gelangen zu lassen, stößt indes bei den Überlegungen für eine zukünftige gesetzliche deutsche Regelung des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund auf Schwierigkeiten. Da die Vorschriften des § 58 beachtet werden müssen, kann der ausgeschlossene Gesellschafter erst nach Ablauf des Sperrjahres den Gegenwert seines Geschäftsanteils fordern. In Griechenland dagegen sieht Art. 40 nur eine Mindestfrist von zwei Monaten vor. Die lange Wartezeit eines Jahres ist für den ausgeschlossenen Gesellschafter eine starke Belastung. Dieser Nachteil ließe sich zwar mildern, indem man eine Sechsmonatsfrist entsprechend § 178 AktG einführt, auf der anderen Seite erscheint es jedoch wegen der möglichen Gläubigerbeeinträchtigung nicht ratsam, die Lage des Ausgeschlossenen durch eine Verkürzung der Wartezeit auf zwei Monate nach griechischem Vorbild zu erleichtern. Die griechische Lösung der Abfindung des Ausgeschlossenen durch Kapitalherabsetzung leidet ferner daran, daß sie keine Gewähr bietet, daß die GmbH nach Ablauf der Wartezeit den Ausgeschlossenen auch wirklich auszahlen kann. Schließlich bietet die Kapitalherabsetzung dann keinen Ausweg, wenn ein Gesellschafter aus einer GmbH ausgeschlossen werden soll, die nur mit dem Mindestkapital ausgestattet ist. Hier verbietet § 58 Abs. II in Verbindung mit § 5 Abs. I die Kapitalherabsetzung. Da eine zukünftige gesetzliche Regelung des Gesell-

1) vgl. Schinas aaO. S. 210 f

schafterausschlusses alle Fälle zufriedenstellend lösen soll, bietet die griechische Lösung der Abfindung des Ausgeschlossenen durch entsprechende Kapitalherabsetzung keine brauchbare Allgemeinlösung, die eine deutsche Regelung de lege ferenda übernehmen kann. Die Möglichkeit des gr. GmbH-Gesetzes, die Kapitalherabsetzung mit einer gleichzeitigen Kapitalerhöhung unter Außerachtlassung aller Formvorschriften zu koppeln, besticht zunächst. Die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn das Mindestkapital unterschritten wird, lassen sich durch eine zukünftige Regelung entsprechend § 181 Abs. I AktG beseitigen.¹⁾ Trotzdem bietet auch diese Möglichkeit keine brauchbare Allgemeinlösung für eine zukünftige deutsche Regelung. Die Verbindung von Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung ist dem deutschen Recht bekannt.²⁾ Im Gegensatz zum griechischen Recht würde es jedoch deutschen Vorstellungen über den Gläubigerschutz nicht entsprechen, wenn keine Formvorschriften einzuhalten wären. Im geltenden deutschen GmbH- sowie auch Aktienrecht kann die Kapitalherabsetzung erst ins Handelsregister eingetragen werden, wenn die Sperrfrist verstrichen ist. Die Kapitalerhöhung vorher einzutragen, so daß die Gesellschaft eine Zeit lang mit erhöhtem Kapital lebt, entspricht meist nicht dem Willen der Gesellschafter. Deswegen wird die Kapitalerhöhung regelmäßig erst nach der Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister vermerkt.³⁾ Dieses Verfahren bietet einen ausreichenden Gläubigerschutz. Eine Änderung de lege ferenda nach griechischem Vorbild erscheint nicht zweckmäßig.

Gegen die Möglichkeit des gr. GmbH-Gesetzes der gleichzeitigen Kapitalherabsetzung und -erhöhung spricht schließlich noch ein wirtschaftlicher Gedanke. Die Verbindung von Kapitalherabsetzung mit Kapital-

-
- 1) nach heutigem Recht nicht möglich, vgl. Schilling in Hachenburg § 58 Anm. 13 und 17; Scholz § 58 Anm. 27
 - 2) Scholz § 58 Anm. 27; Schilling in Hachenburg § 58 Anm. 17 f; v. Godin-Wilhelmi § 181 Anm. 2
 - 3) vgl. Scholz § 58 Anm. 27; Schilling in Hachenburg § 58 Anm. 17

erhöhung ist ein bilanztechnisches Mittel, die Überschuldungsgefahr einer Kapitalgesellschaft zu beseitigen. Eine Gesellschaft, die zu einem derartigen Mittel greift, erweckt regelmäßig den Eindruck eines sanierungsbedürftigen Unternehmens. Würde man die Mittel zur Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters im Wege der gleichzeitigen Kapitalherabsetzung und -erhöhung freimachen, so könnte die Kreditfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt werden, wenn das Verfahren der gleichzeitigen Kapitalherabsetzung und -erhöhung in der Öffentlichkeit falsch gewertet wird. Schließlich ist es für alle Beteiligten nachteilig, wenn die Schwierigkeiten der Gesellschafter untereinander auf diese Weise allgemein bekannt werden. Alle diese Nachteile lassen sich nur durch eine Regelung vermeiden, die einen Ausgleich innerhalb der Gesellschaft sucht.

Anhaltspunkte für eine zukünftige gesetzliche Regelung des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund bietet ferner der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund aus der OHG oder KG. Bei der OHG scheidet der Gesellschafter mit Rechtskraft des Ausschlußurteils aus der Gesellschaft aus. Er verliert seinen Anteil am Gesamtvermögen und wird auf einen rein schuldrechtlichen Anspruch beschränkt. (§§ 140 Abs. II, 105 Abs. II HGB i. V. m. § 738 BGB). Das Ausscheiden eines Gesellschafters wird nicht von seiner tatsächlichen Befriedigung abhängig gemacht, sondern es bleibt dem Ausgeschlossenen überlassen, seinen Anspruch gegen die Gesellschaft geltend zu machen. Es fragt sich nur in diesem Zusammenhang, inwieweit diese Gedanken im GmbH-Recht bei einer zukünftigen gesetzlichen Regelung verwertet werden dürfen, ohne gegen die tragenden Grundsätze der GmbH-Gesellschaftsform zu verstoßen.

Der GmbH wird vom Entwurf eine "Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft" zugedacht.¹⁾ Dementsprechend schlug das Gesetz

1) Entwurf I 35; vgl. Feine S. 9; Scholz: Komm. Einleitung Anm. II; Fischer in GmbH-Rdsch. 1953, 131

einen Mittelweg zwischen dem namentlich von Hammacher vertretenen Wunsch nach einer vereinfachten Aktiengesellschaft und dem weitgehend von Oechelhäuser vertretenen Plan ein, die sogenannte beschränkte Haftung auf Gesellschaften nach Art der OHG und KG zu übertragen.¹⁾ Die gesetzliche Regelung der GmbH weist eine körperschaftliche Organisation auf. Sie sieht z. B. vor, daß sich die GmbH auf sogenannte Stammeinlagen aufbaut, deren Beträge zusammengezählt das Stammkapital ergeben (§ 3 Abs. I). Dieses Stammkapital dient dem Schutze der Gläubiger. Vertreten wird die GmbH durch einen oder mehrere Geschäftsführer (§ 35). Über den Geschäftsführern steht als oberstes und leitendes Organ die Gesellschafterversammlung, die die Geschäftsführer jederzeit abberufen kann (§ 38 Abs. I) und die in den wichtigsten Angelegenheiten der Gesellschaft zu entscheiden hat (§§ 46, 53 ff). Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse grundsätzlich in der Gesellschafterversammlung mit Stimmenmehrheit nach ihrer Kapitalbeteiligung (§§ 48 Abs. I, 47). Bestimmte Minderheitsrechte sind den Gesellschaftern im Gesetz gesichert (§§ 50, 61 Abs. II, 66 Abs. II). Die Minderheit wird hier zum Organ der Gesellschaft.²⁾ Körperschaftliche Züge tragen auch die Auflösungsgründe (§§ 60 ff). Die GmbH kann nicht wie die OHG durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters aufgelöst werden. Weder Konkurs, noch Tod noch Kündigung eines Gesellschafters bewirken das Ende der Gesellschaft.

Dieser körperschaftliche Grundcharakter der GmbH läßt sich soweit abwandeln, daß ihre Organisation der einer Personengesellschaft ähnlich wird (§ 45 Abs. I). Dies geschieht hauptsächlich dann, wenn die Gesellschaft nur aus wenigen Gesellschaftern besteht. Die Bedeutung der Gesellschafterversammlung als Beschlußorgan wird herabgesetzt, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter die Mehr-

1) vgl. zur Entwicklung des GmbH-Gesetzes Feine S. 1 ff (11)

2) vgl. Bondi: Recht der Aktionäre S. 143

heit des Kapitals auf sich vereinigen und damit die Leitung fest in die Hand bekommen. Dadurch werden die Rechte der Gesellschafter als solche (§ 46), soweit sie nicht den Geschäftsführern ohnehin übertragen sind, praktisch gegenstandslos. Beschlußfassung ohne förmliche Gesellschafterversammlung wird zur Regel. Eine GmbH kann weiter einen personenrechtlichen Charakter dadurch erhalten, daß sie nur auf Zeit errichtet wird (§ 3 Abs. II) oder daß einzelne Mitgliedschaften persönlich durch Nebenleistungspflichten ausgestaltet werden. Das GmbH-Recht ermöglicht es, wie diese Beispiele zeigen, die GmbH weitgehend einer Personengesellschaft anzugleichen. Der körperschaftliche Grundcharakter der GmbH kann aber nicht soweit abgewandelt werden, daß hierdurch das Wesen der GmbH als Kapitalgesellschaft und Körperschaft in Frage gestellt wird. Gewisse körperschaftliche Grundsätze lassen sich nicht ausschließen. So läßt sich z. B. die Gesellschafterversammlung als Beschlußorgan nicht völlig beseitigen. Ebenso können die Minderheitsrechte weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Vor allem können die Gesellschafter im Interesse der Gläubiger nicht Rückzahlung ihrer Stammeinlagen verlangen (§ 30 Abs. I). Aus dem gleichen Grunde darf die Gesellschaft keine eigenen Geschäftsanteile erwerben, die noch nicht vollständig eingezahlt sind (§ 33 Abs. I). Ein gewisses Mindestmaß derartiger körperschaftlicher Grundsätze gehört zu den Strukturvoraussetzungen jeder GmbH. Ohne ein solches Mindestmaß körperschaftlicher Grundsätze verliert die GmbH ihre Eigenschaft als Kapitalgesellschaft und Körperschaft. Soll eine Regelung aus dem Recht der Personengesellschaften - wie der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund - in das Recht der GmbH übernommen werden, so rechtfertigt sich dies nur, wenn hierdurch die körperschaftlichen Grundsätze nicht in Frage gestellt werden, die das Wesen der GmbH ausmachen.¹⁾

1) für die Anwendung des OHG-Rechts auf das Recht der GmbH in diesem Rahmen sprechen sich auch Fischer in GmbH-Rdsch. 1953, 132 und Wieland, Handelsrecht Bd. II S. 289 f aus, zum Teil jedoch in anderen Zusammenhängen, vgl. auch Hueck in DB 1953, 776 f, ablehnend Feine S. 53

Nur unter diesen Voraussetzungen dürfen Gedanken des Rechts der Personengesellschaften für eine zukünftige Regelung des GmbH-Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund herangezogen werden.

- III. Eine zukünftige Regelung ist nur dann sinnvoll, wenn sie sich näher über die Voraussetzungen und über die Durchführung des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ausläßt.

Da eine Regelung de lege ferenda hinsichtlich der Voraussetzungen des Ausschlusses aus wichtigem Grund nur eine bereits geübte Praxis legalisieren würde, bedarf es hierzu keiner näheren Erklärungen. Eine Regelung de lege ferenda hinsichtlich der Voraussetzungen des Ausschlusses muß sich auslassen über

- a.) die Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund durch gerichtliche Entscheidung;¹⁾
- b.) einen vorherigen Gesellschafterbeschuß mit Mehrheit als Voraussetzung des Ausschlusses durch gerichtliche Entscheidung;²⁾
- c.) die Form, der ein solcher Beschluß zwecks Beweissicherung unterliegen muß.

1) hierüber bestehen heute praktisch nur noch Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Verfahrens; wie oben: BGHZ 9, 157; 16, 317; Schilling in Hachenburg § 3 Anh. I; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18 f; Baumbach-Hueck Einf. zu § 34 Anm. 2.) B.; Vogel § 34 Anm. 5 ff; ders. in BB 1953, 460 f; Hueck in DB 1951, 108 und 1953, 776; Schoen: Bonner Diss. S. 76 f; vgl. ansonsten oben S. 5 Anm. 1 ; für den Ausschluß nur auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses: Scholz in seiner Monographie und in GmbH-Rdsch. 1952, 17; Küster in JR 1952, 455; vgl. auch die systematische Darstellung von Hartmann in GmbH-Rdsch. 1962, 8

2) es bestehen hier nur Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Mehrheitsverhältnisses; vgl. hierzu BGHZ 9, 157(177); Schoen: Bonner Diss. S. 118 f; Hueck in DB 1953, 777; Baumbach-Hueck Einf. zu § 34 Anm. 2.) B.; Schmidt in Hachenburg § 34 Anm. 18a; Scholz in GmbH-Rdsch. 1952, 19; Ganssmüller in GmbH-Rdsch. 1956, 150; Hartmann in GmbH-Rdsch. 1962, 8 f

Bei der Durchführung der Ausschließung ist einer Lösung der Vorzug zu geben, die einen sofortigen Ausschluß zuläßt und die Abfindung in einem besonderen Verfahren regelt.¹⁾ Hierdurch wird eine Beschleunigung der Ausschließung erreicht, während es dem Ausgeschlossenen - wie im OHG-Recht - überlassen bleibt, seinen Abfindungsanspruch bei der Gesellschaft geltend zu machen. Da ein GmbH-Gesellschafter regelmäßig nur dann vollständig aus der GmbH ausgeschlossen werden kann, wenn ihm sein Geschäftsanteil genommen wird, muß gleichzeitig das zukünftige Schicksal seines Anteils geregelt werden. Wird das Schicksal des Geschäftsanteils neben der Ausschließung geregelt, lassen sich auch die Nachteile vermeiden, die sich heute durch einen bedingungslosen Ausschluß ergeben.²⁾ Zukünftig braucht dann der bereits wirksam ausgeschlossene Gesellschafter nicht auf einen sogenannten Kapitalanteil zurückzugreifen, sondern kann sich direkt an die Gesellschaft halten. Bei jeder Regelung muß jedoch beachtet werden, daß dem Auszuschließenden voller Ersatz für den Wert seines Geschäftsanteils geleistet wird.³⁾

Um jeden Interessenskonflikt von vornherein auszuschalten, erscheint es günstig, den Geschäftsanteil des Auszuschließenden mit Rechtskraft des Ausschlußurteils in das Vermögen der Gesellschaft fallen zu lassen und gleichzeitig die Gesellschaft zu verpflichten, dem ausgeschlossenen Gesellschafter den Gegenwert des Geschäftsanteils zu zahlen. Durch den Anfall an die Gesellschaft werden Streitigkeiten vermieden, die sich ergeben können, wenn ein oder mehrere Mitgesellschafter den Anteil des ausgeschlossenen Gesellschafters erwerben wollen. Zugleich bietet diese Lösung einen Ausweg, wenn der Anteil des Ausgeschlossenen nicht geteilt werden kann und es sich auch nicht lohnt, ihn mehreren Gesellschaftern zu übertragen, die zusammen

1) vgl. die Ansicht von Hueck in DB 1953, 777;
Vogel in BB 1953, 460

2) vgl. oben S. 42 f

3) vgl. oben S. 7; vgl. auch Guhl S. 61

eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder eine Bruchteilsgemeinschaft bilden. Die Gesellschaft hat zudem freie Hand, wenn es darum geht, einen kapitalkräftigen Dritten zum Wohle der Gesellschaft als Gesellschafter aufzunehmen. Der Anfall in das Gesellschaftsvermögen ist jedoch nur zulässig, wenn der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen voll eingezahlt war. War die Leistung auf die Stammeinlage nur teilweise erbracht, darf die Gesellschaft den Geschäftsanteil nicht erwerben (§ 33 Abs. I). Diese Bestimmung fordert auch in einer zukünftigen Regelung Beachtung. In diesem Falle bietet sich als Lösungsvorschlag die ähnliche Regelung des Kaduzierungsverfahrens an. Der auszuschließende Gesellschafter scheidet mit der Rechtskraft des Ausschlußurteils aus der GmbH aus und verliert gleichzeitig seinen Geschäftsanteil. Dieser fällt aber nicht der Gesellschaft zu, sondern steht ihr als inhaberloses Recht zwecks weiterer Verwertung zur Verfügung.

Für die Höhe der Abfindung bietet sich als Maßstab das Auseinandersetzungsguthaben an, das bei Auflösung der Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens bestehen würde (entspr. § 738 BGB). Die Anwendung dieses Rechtsgedankens gewährleistet dem Ausgeschlossenen vollen Ersatz für den Wert seines Geschäftsanteils, da für diese Art der Auseinandersetzung eine Abschichtungsbilanz aufgestellt werden muß, die den wahren Vermögensstand der Gesellschaft offen legt. Für die Aufstellung der Abschichtungsbilanz gelten bereits allgemein die dargelegten Bewertungsgrundsätze.¹⁾ Die Gesellschaft muß jedoch immer die Möglichkeit haben, durch Satzung die Abfindung anders zu regeln, um von vornherein die Nachteile einer plötzlich größeren Entschädigungszahlung auf die Liquidität der Gesellschaft zu vermeiden.

Da im Hinblick auf den Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals die Möglichkeit besteht, daß die Gesellschaft ihrer Entschädigungsverpflichtung nicht nachkommen kann, muß eine zukünftige Regelung

1) vgl. oben S. 106 f

für diesen Fall Vorsorge treffen. Hier bietet sich eine subsidiäre Haftung der Gesellschafter an. Eine schuldrechtliche Haftung eines GmbH-Gesellschafters über die Verpflichtung zur Leistung seiner Stammeinlage hinaus, ist dem GmbH-Recht nicht fremd. Einmal kann nach § 26 ein GmbH-Gesellschafter grundsätzlich zu Nachschußzahlungen voll herangezogen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Nachschußverpflichtung vorsah.¹⁾ Zum anderen haftet ein GmbH-Gesellschafter subsidiär nach § 24 für die Verpflichtung seiner Mitgesellschafter, ihrerseits die Stammeinlage zu leisten.²⁾ Einer subsidiären Haftung der Gesellschafter stehen, wie diese Beispiele zeigen, deshalb keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Durch die Einführung einer subsidiären Haftung der Gesellschafter wird das Wesen, der Grundcharakter der GmbH als Kapitalgesellschaft nicht beeinträchtigt. Soll tatsächlich gewährleistet werden, daß der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Anteils erhält, muß der Grundsatz der beschränkten Haftung ein weiteres Mal durchbrochen werden. Rechtspolitisch ist dies sogar wünschenswert. Die subsidiäre Haftung der Gesellschafter verhindert, daß das Rechtsinstitut der Ausschließung zu häufig in Anspruch genommen wird. Die Möglichkeit der Haftung wird manchen Gesellschafter veranlassen, nur dann für die Ausschließung eines Mitgesellschafters zu stimmen, wenn dieser Ausschluß wirklich unumgänglich ist. Um diesem rechtspolitischen Zweck volle Wirksamkeit zu verleihen, erscheint es vorteilhaft, die Haftung auf diejenigen Gesellschafter zu beschränken, die den Ausschluß beschließen. Eine Regelung, die eine solche Haftung vorsieht, muß jedoch gleichzeitig die Nachteile ausgleichen, die sich mittelbar für die in Anspruch genommenen Gesellschafter ergibt.

-
- 1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 26 Anm. 17 ff; Scholz § 26 Anm. 9; Vogel § 26 Anm. 5; Baumbach-Hueck § 26 Anm. 2.)m; Brodmann § 26 Anm. 3
 - 2) Schmidt in Hachenburg § 24 Anm. 1 ff; Vogel § 24 Anm. 2 ff; Scholz § 24 Anm. 1 ff; Brodmann § 24 Anm. 1 ff; Baumbach-Hueck § 24 Anm. 3.) A. u. B.

Wird nämlich dem Ausgeschlossenen der Gegenwert durch die haftbar gemachten Gesellschafter ausgezahlt, so haben diese damit indirekt den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen finanziert, der nunmehr auf dem Umweg über die Gesellschaft mittelbar auch den nicht in Anspruch genommenen Gesellschaftern gehört. Als Ausgleich bietet sich hier ein bedingter Anspruch auf den Erlös für den Fall an, daß der Geschäftsanteil durch die Gesellschaft später veräußert wird. Dieser Anspruch muß jedoch in seiner Höhe durch die geleistete Abfindungssumme beschränkt werden, da die haftbar gemachten Gesellschafter nicht daran verdienen dürfen, daß sie in Anspruch genommen wurden.

Schließlich ist im Interesse des Ausgeschlossenen eine solidarische Haftung empfehlenswert, da nur sie dem Ausgeschlossenen ermöglicht, die ganze Entschädigungssumme in einem Prozeß in voller Höhe einzuklagen, wenn es soweit kommen sollte. Die Prorata-Haftung des § 24 hilft hier nicht weiter, da sie einen völlig verschiedenen Zweck verfolgt.¹⁾ Der ausgeschlossene Gesellschafter würde zu sehr mit den tatsächlichen Umständen und Folgen belastet, die sich durch die quotenmäßige Geltendmachung seines Abfindungsanspruches ergeben. Dies ist aber im Hinblick auf das Verbot des Strafcharakters mit dem Sinn des Ausschlusses nicht zu vereinbaren. Die haftenden Gesellschafter haben die Möglichkeit des Ausgleichs. Sie werden daher nicht allzusehr in ihren Rechten beeinträchtigt.

IV.

Rechtssätze

Als Ergebnis dieser Untersuchungen wird man folgende Rechtssätze aufstellen können:

1) In der Schweiz haften die Gesellschafter im Kaduzierungsverfahren solidarisch, vgl. Art. 802 OR

- § a I Ein Gesellschafter kann auf Antrag der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.
- II Über den Antrag entscheiden die Gesellschafter durch Beschluß.
Der Beschluß muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden.
Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen.
- § b I Mit Rechtskraft des Ausschlußurteils fällt der Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters in das Vermögen der Gesellschaft. Ist der Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters noch nicht vollständig eingezahlt, verfällt er zu Gunsten der Gesellschaft.
- II Die Gesellschaft ist verpflichtet, dem ausgeschlossenen Gesellschafter dasjenige für seinen Geschäftsanteil zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre.
Die Satzung kann eine andere Regelung vorsehen.
- III Die Bestimmungen der §§ 19 Abs. II und 30 Abs. I bleiben unberührt.
- § c I Soweit die Gesellschaft den ausgeschlossenen Gesellschafter nicht entschädigen kann, haften diejenigen Gesellschafter, die die Ausschließung beschlossen haben, als Gesamtschuldner.
- II Der Ausgleich der Gesamtschuldner bestimmt sich nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile.

- III Veräußert die Gesellschaft später den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters, so gebührt der Erlös bis zur Höhe der an den ausgeschlossenen Gesellschafter geleisteten Abfindungssumme den in Anspruch genommenen Gesellschaftern entsprechend ihrer tatsächlich erbrachten Leistungen.

Lebenslauf

Am 28. November 1935 wurde ich als Sohn des Notars Robert Gonnella und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Dinges, in Berlin geboren. Ich bin hauptsächlich in Düsseldorf aufgewachsen. Ich besuchte vier Jahre lang die Volksschule und neun Jahre lang das Gymnasium, davon sieben Jahre lang das neusprachliche Ernst Kalkuhl Gymnasium in Oberkassel-Siegburg. Ostern 1956 bestand ich die Reifeprüfung. Im Anschluß daran studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar drei Semester in Freiburg im Breisgau und vier Semester in Bonn. Im Januar 1960 bestand ich in Düsseldorf meine erste juristische Staatsprüfung. Meine Referendarausbildung erhielt ich in Stuttgart, Paris und Düsseldorf. Im September 1964 bestand ich in Düsseldorf meine zweite juristische Staatsprüfung.

